Die Partei- und Gerichtsherrschaft über den Prozeß nach der Novelle vom 13. Februar 1924.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Alfred Schadler

aus Schweinheim b. Aschaffenburg

Referendar am Stadtrat Erlangen.

Approbiert am 27. Dezember 1928

Buchdruckerei Otto Mauser · Forchheim Obfr., Paradeplatz 3

1929

29:303

Referent:
Universitäts-Professor Dr. Friedrich Lent
Dekan:
Universitäts-Professor Dr. Locher

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern
und
meiner Braut
in Dankbarkeit und Verehrung
gewidmet

Inhalts-Verzeichnis.

Uebersicht.
Literaturverzeichnis.
Abkürzungen.

Einleitung.

§ 1. Das Zustandekommen der Zivilprozeßnovelle vom 14. II. 1924 Problemstellung.

Hauptteil.

Stärkung der Gerichtsherrschaft, Beseitigung der Parteiherrschaft.

1. Abschnitt.

Termine und Fristen.

§ 2. I. Entscheidung nach Lage der Akten.
§ 3. II. Erscheinenszwang für die Parteien.

2. Abschnitt.

Vorbereitung und Konzentrierung der Verhandlung.

§ 4. I. Güteverfahren.
§ 5. II. Verfahren vor dem Einzelrichter.

3. Abschnitt.

Vorbereitung der Termine und Abkürzung des Verfahrens.

§ 6. I. Gerichtliche Anordnung vor dem Termin.
§ 7. II. Ermöglichung schriftlicher Erklärungen auf nicht schriftlich vorbereitete neue Behauptungen.
§ 8. III. Zwangsmittel zur rechtzeitigen Bereitstellung des Streitstoffes.
§ 9. IV. Sofortige Beweiserhebungen.

4. Abschnitt.

Versäumnisverfahren.

§ 10. Entscheidung nach Lage der Akten.

5. Abschnitt.
Berufungsverfahren.

§ 11. I. Berufungsfrist.
§ 12. II. Zurückweisung neuen Vorbringens.
§ 13. III. Berufungsbegründungszwang.
§ 14. IV. Anschluß der Berufung.

6. Abschnitt.
Praktisch technische Maßnahmen.

§ 15. I. Protokollunterzeichnung durch den Richter.
§ 16. II. Vereinfachung des Beweisverfahrens.
§ 17. III. „ bei der Zeugenvernehmung.
§ 18. IV. „ bei der Ermittlung des Schadens.
§ 19. V. Vorläufige Vollstreckbarkeit aller Urteile.

7. Abschnitt.
Einzelvorschriften.

§ 20. I. Sicherheitsleistung.
§ 21. II. Vergleich in Armenrechtssachen.
§ 22. III. Klagänderung.
§ 23. IV. Beseitigung des Verweigerungsrechts bei prozeßhindernden Einreden.
§ 24. V. Fristbestimmung bei der Beweisaufnahme.
§ 25. VI. Zwangsmaßnahmen gegen lässige Sachverständige.
§ 26. VII. Zurückweisung verspäteten Vorbringens in Ehesachen.

Schlußbetrachtungen.

§ 27. Zusammenfassung der einzelnen Ergebnisse, Vorschläge für die künftige Zivilprozeßreform.

Literatur-Verzeichnis.

Baumbach: Zivilprozeßordnung, 3. Aufl., Berlin 1926.
Förster: Die Z.-P.-O., 3. Aufl.
Freudenthal, H.: Zivilprozeßordnung, 4. Aufl., München 1926
Goldschmidt: Die neue Z.-P.-O. mit system. Einl. (Nov.), Berlin 1924.
Kann: Die Z.-P.-O. mit Erl. der neuen Vorschr. Berlin 1924.
Neukampp: Handkomm. z. Z.P.O., Leipzig 1911.
Sonnen, Th.: Das neue Ziv.-Proz.-Recht, Berlin 1924.
Stein, F. u. M. Jonas: Die Z.-P.-O. f. d. deutsche Reich, Tübingen 1926.
Sydow-Busch: Die Z-.P.-O., Berlin 1925.

Bunsen: Lehrb. d. dtsch. Ziv.-Proz.-Rechts, Berlin 1900.
Fischer, O.: Lehrb. d. dtsch. Ziv.-Proz.-Rechts u. Konkurs-Rechts, Berlin 1918.
Hellwig: Lehrb. d. dtsch. Ziv.-Proz.-Rechts, Leipzig 1907
Hellwig, K.: System „ „ „ „ „ 1912, 1919.
Kisch, W.: Dtsch. Ziv.-Proz.-Recht, 2. Aufl. Leipzig 1911
Kleinfeller, G.: Lehrb. d. dtsch. Ziv.-Proz.-Rechts, Berlin 1925.
Oertmann, P.: Grundriss d. deutsch. Ziv.-Proz.-Rechts, Leipzig 1927.
Rosenberg, L.: Lehrb. d. dtsch. Ziv.-Proz.-Rechts, Berlin 1927.
Schmidt, R.: „ „ „ „ „ Leipzig 1916
Stein, F.: Grundriß des Ziv.-Proz.-Rechts u. Konkurs-rechts, Tübingen 1924.

Die Sitzungspolizeilichen Befugnisse des Vorsitzenden gegenüber dem Verteidiger, in J. W., Jg. 54, 1925, S. 900 f.
Behrend: Einzelrichter und Vorsitzender in J.W. 25, S. 719.

Bell, J.:	Zur Ziv.-Proz.-Reform i. J. W. 26, S. 2397.
Beyer, H.:	Entscheidungsgrundl. im dtsch. und österr. Ziv.-Proz., Graz 1911.
Binder, J.:	Prozess und Recht Leipzig 1927.
Blomeyer:	Bericht über die Tagung deutsch. Ziv.-Proz. Rechtslehrer in Berlin in D. J. Z. 1926, S. 1622.
Blomeyer, K.:	Die Neuerung im Ziv.-Proz., Leipzig 1924.
de Boor:	Entsch. n. L. d. A., München 1924 u. in Z. f. dtsch. Ziv.-Proz., Bd. 50, H. 1, 1925.
Breit, J.:	Die Handhabung der Verf.-Ordnung vom 14. 2. 24 in J. W. 24, S. 369 und 381.
Busch, L. und W. Krantz:	Aenderungen der Z.-P.-O., Berlin 1924.
Cohen, A.E.H.:	Die Bestimmungen der zuständ. Rechtsordn. durch den Willen d. Parteien, Hamburg: R. Diss. 1923.
Curtius:	Parlamentarisches z. Ziv.-Proz.-Ref. i. J. W., Jg. 53, 1924, S. 354.
Delius:	Die Entsch. n. L. d. A. im neuen Ziv.-Proz. in Recht 1924, Spalte 97.
Delius:	Die neue Ziv.-Proz.-Nov. vom 13. 2. 24 in Pr. Verw.-Blatt 45, S. 191.
Dispecker:	Die Bewährung d. Z.-P.-O. vom 13. 2. 24 in J. W. 25, S. 690 und 695.
	Die alte und neue Fass. d. Z.-P.-O. in Ges. u. R. 24, S. 227.
Friedlaender, A.:	Das Präsidium i. Z.-P., Zeitschr. S. 373, 1926.
Friedrichs:	Der Schlendrian des Parteibetriebs in Ges. u. R. 24, S. 97.
Geib, O.:	Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbestätig. in Z.-P.-O., München 1909.
Goldschmidt:	Der Prozess als Rechtsleiter 1925.
„	Die neue Z.-P.-O. vom 13. 2. 24, Berlin 24.
Guttmann, M.	Die Umgestaltung des Ziv.-Proz, Berlin 1919.
Hegler, A.:	Uebersicht über die deutsche Gesetzgebung im Jahre 1923 und 24 im Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 123, S. 85 ff.
Heilberg, A.:	Die Reform des Gerichtsverf. u. d. Verfahrens in J. W. 24, S. 443.
Heilfron:	Die neue Z.-P.-O. in „Gesetz u. Recht" 24, S. 81.
Heinitz, A.:	Die Ueberspannung der richterlichen Leistungs-

befugnis im neuen Ziv.-Proz. in J. W. 25, S. 943.
Heinsheimer: Ein Jahr Prozessreform in J. W. 25, 695.
Jacoby, H.: Die Ziv.-Proz.-Nov. i. d. Praxis in L.-Z. 25, S. 74.
Berichte aus den Verhandlungen der Jahresversammlung deutscher Ziv.-Proz.-Lehrer, Jena, März 1924.
Kann, R.: Entsch. n. L. d. A. in J. W., Jg. 53, 1924, 383.
Keidel: Die wesentlichen Aenderungen des Ziv.-Proz. Verf. durch die V.O. vom 13. 2. 24 in Bayer. Z. 24, S. 129 und 145.
Kern, E.: Der gesetzlicher Richter, 1927.
Beiträge z. Ziv.-Proz., herausgeg. v. Kisel, Mannheim 1923/1927.
Kisch: Parteiänderung im Z.-P., München 1912.
Kleinfeller: Beiträge z. Reform d. Z.-Proz. in Festgabe der Kieler Jur. Fakultät, Kiel 1907.
Kleinfeller: Ueber die Funktion des Vorsitzenden und sein Verhältnis zum Gericht, München 1885.
„ G.: Prozeßherrschaft in Z. f. deutsch. Ziv.-Proz., Band 53, Heft 1/2 1927/28.
Koch: Urteil oder mündl. Verhandlung in Württ. Z. 24, 128.
Kohler. J.: Beiträge zur Geschichte des bürgerl. Rechtsganges, Berlin 1904.
Kraemer, W.: Richter, Anwälte u. Z.-P.-Reform, z. Z.-P. 1925 Bd. 50, S. 172.
Lehmann, R.: u. G. Meyer Zur Bewährung d. Z.-P.-O. v. 13. 2. 24, in J. W., S. 698, 704.
Leonhard: Die Beweislast 1926.
Levin: Ueber die Grundfragen d. Z.-Proz. in D. J. Z. 1924, S. 670.
Levin, L.: Richterliche Prozeßleitung und Sitzungspolizei in Theorie und Praxis, Berlin 1913.
Lucas Richter: Ziv.-Proz.-Ref.
Maus: Die Ziv.-Proz.-Ref., Rudolstadt 25, München R. Diss. 25.
Mathiessen: Partei und Z.P.-O. in J. W. 24, S. 957.
Neukam, E.: Gutachten für den 26. deutsch. Juristentag über die Abgrenzung von Richterrecht und Parteibetrieb, Bd. 1, 1912, S. 115ff.

Neuner:	Der Prozess als Rechtslage in Z. f. deutsch. Ziv.-Proz., Bd. 51. 1926, Heft 1 bis 2.
„	Privatrecht und Prozessrecht, Mannheim 1926.
Noest, B.:	Vorschläge zur Verbesserung unseres Proz.-Verf., Berlin 1910.
Nussbaum, A.:	Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, Mchn. 1908.
Paech:	Zur Frage der Bewährung der Ziv.-Proz.-Nov. in der landgerichtl. Prax. in Z. f. Ziv.-Proz. 1925, Bd. 49, Heft 5 bis 6.
Pagenstecher, M.:	Zur Vorbereitung einer grundlegenden Reform des Ziv.-Proz. im „Recht" 1924, Sp. 179.
Peters, W.:	Proz.-Verschleppung, Proz.-Umbildung u. die Lehre der Geschichte, Berlin 1904.
Polack:	Richterbetrieb und Parteibetrieb 1903.
Püschel, W.:	Der Einzelrichter 1925.
„	Hat sich die Nov. v. 13. 2. 24 bewährt? In J. Recht, 1926.
Reinberger:	Entsch. n. L. d. A. im „Recht" 24, S. 478.
	„ „ 28, S. 76.
Rosenberg, L.:	Die Beweislast auf der Grundlage des BGB. und der Z.-P.-O. 1923.
„	Stellvertretung im Prozess 1908.
„	Die Veränderung der rechtlichen Gesichtspunkte im Ziv.-Proz. in Z. f. dtsch. Ziv.-Proz. 1924, Bd. 49, Heft 1/2.
Salinger:	Die Reform des Ziv.-Proz. in Verhandl. des 31. deutsch. Juristentages 29.
Samter, M.:	Güteverfahren und Streitverfahren vor dem A.-G. Berlin 1924.
Sauer:	Grundlagen des Proz.-Rechts 1919.
Sauerländer, J.:	Ziv.-Proz.-Nov. und Reform, München 1925.
Schiffer:	Die deutsche Justiz, Grundzüge und Reform, Berlin 1928.
Schmidt, R.:	Prozesswissenschaft und Prozessgesetzgebung in Z. Z.-P. 1924.
Schmidt, H.:	Der Mangel der Partei in ZPO., Erlangen J. Diss. 1924.
Schultz:	Die Reform des Ziv.-Proz. in Bay. Rechtspfl. Z. 24.
Sobernheim:	Das ungünstige Parteivorbringen als Urteilsgrundl. im Z.-Proz., Berlin 1916.

Sonnen: Einzelrichter und Proz.-Gericht in Gruchot 67, S. 466, 494, Berlin 1925.
" Das neue Ziv.-Proz.-Recht, Berlin 24.
" Streitfragen der neuen Ziv.-Proz.-R., J.W. 25, S. 95, 1072, 862 und 1180.
Springer, E.: Reform des Ziv.-Proz., Berlin 1911.
Stegmann: Parteibegriff z. Z.-Pr. 17, S. 326.
Stein: Zur Justizreform 1906.
Stein, F.: Die Reform d. Ziv.-Proz., Mannheim 1922.
Striemer: Entsch. n. L. d. A. in D. J. Z. 1925/4, Sp. 500.
Struch, E.: Die Strafbarkeit betrügerischer Parteihandlungen im Ziv.-Proz., Minster, R. Diss. 1925.
Tosetti, H.: Grundzüge des Gerichtsverfassungs-Strafprozess- und Ziv.-Proz.-Rechts, Bonn 1926.
Volkmar: Wichtige Streitfragen des neuen Ziv.-Proz.-Recht., J. W. 1925, S. 707.
" Die Verordnung über das Verfahren in bürgerl. Rechts-Streitigkeiten, Mannheim 1924.
" Ziv.-Proz.-Ref. in „Recht" 24. Sp. 207 u. 245.
" Z.-P.-O., J. W. 25, S. 709.
Wach, A.: Grundfrage und Reform des Ziv.-Proz., Berlin 1914.
" Der Z.-Proz., Mannheim 1922.
" Vorträge über die Reichs-Ziv.-Proz.-Ordng. (das Verhältnis des Richters zu den Parteien), Bonn 1896.
Weiskopf: Der Begriff Rechtsnachfolge in der Z.P.-O., Leipzig 1913.
Wolf, E.: Der Heidelberger Juristentag über die Reform d. Ziv.-Proz. in J. W. 24, S. 1819.
Wreschner, L.: Ein kleines Mittel gegen Prozessverschleppungen in J. W., Jg. 53, 1924, S. 528.
Wunderlich: Die Stellung des deutschen Richters in Dtsche. Richterzeitung, Jg. 17, 1925, Sp. 19.
Zur Zivilprozessordnung vom 13. 2. 1924 in J. W. 24, Jg. 54, S. 690 ff.

Abkürzungen.

Nov.	= Novelle vom 13. 2. 24.
V. O.	= Verordnung vom 13. 2. 24.
D. J. Z.	= Deutsche Juristenzeitung.
J. W.	= Juristische Wochenschrift.
Ges. u. R.	= Gesetz und Recht.
L. Z.	Leipziger Zeitschrift.
R.	= Recht.
Z. f. dtsch. Z.	Zeitschrift für deutschen Zivilprozess.
Arch. f. Ziv. Prax.	Archiv für Zivilistische Praxis.
E. R. G. Z.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
R. G.	= Reichsgericht.
O. L. G.	= Oberlandesgericht.
L. G.	Landgericht.
A. G.	Amtsgericht.
E. n. L. A.	= Entscheidung nach Lage der Akten.

Einleitung.

§ 1.

Das Zustandekommen der Zivilprozessnovelle vom 13. Februar 1924.

Problemstellung.

Prozessherrschaft ist der Inbegriff der durch die Rechtsordnung gewährten Befugnis, auf den Gang des Prozesses direkt oder indirekt einzuwirken.[1] Man könnte von einer ausschließlichen Prozeßherrschaft sprechen, wenn Partei oder Gericht sowohl über Prozeßgegenstand als auch Prozessverfahren bestimmen könnten. Ersteres ist immer ein Ausfluß der Rechte der Parteien über den Prozess und bildet daher nicht Gegenstand unserer Erörterungen. Die ausschließliche Herrschaft über das Prozessverfahren ist in den einzelnen Zivilprozessordnungen verschieden geregelt, teils ist sie verteilt zwischen Gericht und Parteien, man spricht dann von einem condominium litis, teils wird sie ausgeübt vom Gericht ‹Gerichtsherrschaft, teils von den Parteien ‹Parteiherrschaft›.

Wer übte nun die Prozessherrschaft in unserem Prozessverfahren vor der Novelle aus? Bevor Verfasser also zu dem eigentlichen Thema kommt, auf die Veränderungen, die die Novelle vom 13. 2. 24 in Bezug auf Partei- und Gerichtsherrschaft gebracht hat, soll ein kurzer Ueberblick über die Abgrenzung von Gerichtsherrschaft und Parteiherrschaft in der ZPO. von 1877 gegeben werden, um die Gründe zu erkennen, die für das Zustandekommen der Nov. vom 13. Februar 1924 maßgebend waren. Verfasser sei es gestattet, in wenigen Sätzen diejenigen Vorschriften der alten ZPO. zusammen zu fassen, die sich auf die Einleitung, Fortgang, Stillstand und Beendigung des Verfahrens beziehen, um daran anzuschliessen, in welchen Händen die Prozeßleitung lag.

[1] Kleinfeller, Prozessherrschaft Z. f. dtsch. Z., S. 1.

Eingeleitet wird das Verfahren in der ZPO. von 1877 durch Einreichen der Klageschrift, die gewissen formalen Erfordernissen entsprechen muss. Liegen diese vor, so muss der Richter einen Termin bestimmen, wenn er auch weiss, dass eine Verurteilung des Beklagten nie in Frage kommt. Aber damit ist die Klage noch nicht anhängig, die Klage muss auch zugestellt sein. Dies ist aber Sache der Partei. Bei der Einleitung des Prozesses herrscht also ausschließlich die Partei.

Wenn auch beim Fortgang des Prozesses die richterliche Leitungsbefugnis etwas grösser ist, so ist doch im wesentlichen auch die Partei bestimmend, insofern, als die Parteien die Aufhebung, Verlegung und Vertagung eines Termins vereinbaren können. Wenn auch der Richter den Termin bestimmen kann, so hat er sich doch nach der Partei zu richten.

Für den Stillstand des Prozesses ist wieder der Parteibetrieb maßgebend. Die Parteien können entweder Vertagung vereinbaren, oder überhaupt beide nicht erscheinen. Die Aussetzung des Verfahrens bestimmt in den meisten Fällen die Partei. Ferner macht sich der Grundsatz des Parteibetriebes auch insofern geltend, als die Fortsetzung des unterbrochenen Verfahrens von einer Ladung der einen oder anderen Partei abhängig ist. Schließlich können die Parteien ohne Mitwirkung, ja selbst ohne Kenntnis des Gerichtes jederzeit die Beendigung des Prozesses herbeiführen.

Dem Rechte der Parteien, die Vertagung von Terminen herbeizuführen, entspricht die Macht der Verlängerung von allen Fristen. Dadurch sind die Parteien in der Lage, das ganze Verfahren zu verschleppen oder zu verlangsamen.

Die Schlussfolgerung, aus welcher die damals herrschende Lehre die Parteiherrschaft über den Prozess konstruiert hat, ist falsch. Es ist nicht richtig, zu behaupten, weil die Partei die Herrschaft über den Prozessgegenstand hat, müsste sie auch die Herrschaft über das Prozessverfahren haben. Der Zivilprozess stellt ein Surrogat der in früheren Zeiten geltenden Selbsthilfe dar, die mit der Erstarkung der Staatsgewalt immer mehr verdrängt wurde. Anfänglich stellte der Staat die Geltendmachung eines Anspruches

in gewissen Formen unter die Kontrolle des Staates. Späterhin stellte der Staat zwar das streitige Recht fest, aber die Exekution überliess er den Parteien. Der letzte Schritt war, dass er die Selbsthilfe überhaupt beseitigte und die Feststellung und Exekution des streitigen Rechts selbst in die Hände nahm. Da also die Selbsthilfe durch die Staatshilfe ersetzt ist, kommt man zu dem Ergebnis, dass, wer sich zur Geltendmachung eines Rechts der staatlichen Hilfe bedient, sich auch der staatlichen Ordnung unbedingt und schrankenlos zu unterwerfen hat. Die Römer gingen natürlich in Anwendung dieses Satzes zu weit, dadurch, dass sie sogar den Parteien die Herrschaft über den Prozessgegenstand entzogen, indem sie das Verbot der Veräusserung der res litigiosæ aufstellten, wodurch den Parteien verboten war, den streitigen Gegenstand zu veräussern. Aus dem Angeführten ergibt sich, dass nicht ausschliesslich den Parteien die Leitung und Durchführung des Verfahrens zustehen muss.

Auch wenn man den Zweck des ZP. verfolgt, kommt man zu dem gleichen Ergebnis. Der ZP. verfolgt den Zweck, eine möglichst schnelle staatliche Hilfe, eine möglichst schnelle Abwicklung des Prozesses herbeizuführen. Die Statistik zeigt deutlich genug, dass dies bei der Parteiherrschaft über den Prozess ausgeschlossen ist. Wenn auch in der Regel die eine Partei ein Interesse an der Beschleunigung des Prozesses hat, so hat die andere Partei oft das entgegengesetzte Interesse.[2])

Die Folge der Parteiherrschaft über den Prozess ist die Verschleppung und Verlangsamung des ganzen Verfahrens. Schon frühzeitig sah man ein, dass hier eine Aenderung eintreten müsste. Die wirtschaftliche Not nach dem verlorenen Krieg ließ die Fehler unseres seit 30. 1. 1877 bestehenden Prozessverfahrens immer drückender und bedenklicher hervortreten. Allgemein rang man sich zu der Ansicht durch, dass Wandel geschaffen werden müsste, daß die Fehler, die hauptsächlich in der Langsamkeit und Umständlichkeit des Prozessverfahrens bestanden, beseitigt werden müssten. Nach der Inflation war die wirtschaftliche Lage so unsicher, die Not

[2]) Vergl. Die „Verhandlungen des 26. Juristentages", insbes. das Gutachten des Oberlandesgerichtsrats Dr. Neukamp, S. 125.

des Volkes so gross, daß der schleppende Gang des Prozessverfahrens bei Handel, Gewerbe und Industrie nur noch mehr zur Unzufriedenheit und zu Misstrauen beitrug. Zu dem Angeführten trat noch ein sehr bedenklicher Umstand. Das stete Verlangen nach Sondergerichten, die immer mehr überhandnehmenden Schiedsgerichte gefährdeten die ganze Rechtspflege.

Ein weiterer Umstand war der, daß durch das bisherige Verfahren Richter Zeit und Kraft oft umsonst vergeudeten. Mehr als die Hälfte von anberaumten Verhandlungsterminen mussten ausfallen, weil die Parteien nicht erschienen, die Anwälte verhindert waren, oder von den Parteien Vertagung beantragt wurde. Die Statistik weiss uns davon ein Lied zu singen. In einer Zeit, wo grösste Armut herrschte, konnte das nicht so weitergehen. Dieser Unrentabilität der Prozesse musste ein Ende gesetzt werden.[3])

Die Reichsregierung hat daher geglaubt, „im Hinblick auf die Not von Volk und Reich" eine durchgreifende Aenderung der ZPO. vorzunehmen. Es erschien ihr dabei so dringend und erforderlich, dass sie die Verordnung am Tage vor Aufhebung des Ermächtigungsgesetzes veröffentlichte und erst nach $3^1/_2$ Monaten in Kraft treten liess.[4])

Die Nov. vom 13. 2. 24 hat in den meisten Bestimmungen mit der bisher geltenden Parteiherrschaft gebrochen und die Gerichtsherrschaft in weitestem Masse erhöht. Die Reichsregierung und der Rechtsausschuss des Reichstages gingen dabei von der Erwägung aus, dass durch die Stärkung der Gerichtsherrschaft das Prozessverfahren abgekürzt, beschleunigt und vereinfacht würde.

Es wird daher Aufgabe des Verfassers sein, die Veränderungen in Bezug auf Partei- und Gerichtsherrschaft über den Prozess durch die Novelle vom 13. 2. 24 zu bringen und dabei die wesentlichsten Streitfragen zu behandeln. Der Verf. wird jeweils zu den einzelnen Bestimmungen Stellung nehmen und vor allem prüfen, ob nach seiner Ansicht der Zweck der Novelle, das Prozessverfahren zu beschleunigen und zu vereinfachen erfüllt worden ist.

[3]) Volkmar, J. W. 24, S. 345.
[4]) Vgl. Z. f. dtsch. ZP. 24, S. 173.

Stärkung der Gerichtsherrschaft, Beseitigung der Parteiherrschaft über den Prozess.

I. Abschnitt.

Termine und Fristen.

Beginnen wir nun mit der Beseitigung der Parteiherrschaft über Termine und Fristen. Die Auffassung der ZPO. vor der Nov., dass durch die Parteien angesichts ihrer beiderseitigen Interessen der Prozess in die rechte Bahn geleitet würde, hat sich nicht bewährt. Die Nov. vom 13. 2. 24 hat daher der Forderung entsprochen, indem sie die Verfahrensleitung des Gerichtes stärkte und die Parteiherrschaft über Termine und Fristen beseitigte. Nach den früheren §§ 224, 27 konnten durch Vereinbarung der Parteien sowohl die Verlängerung der Fristen, als auch die Aufhebung von Terminen herbeigeführt werden. Dieses Recht der Parteien konnte man als augenfälligstes Symptom der bestehenden Mißstände in unserer ZPO. bezeichnen. Wenn der Richter noch so energisch ist und sich noch so gründlich auf den angesetzten Termin vorbereitet, so wird dennoch seine ganze Arbeit nutzlos sein, wenn die Parteien bezw. die Anwälte im Termin nicht erscheinen oder gemeinsam Vertagung vereinbaren oder aber die allein erschienene Partei keine Anträge zur Sache stellt. Eine Nachkontrolle bei einem Berliner LG. hat das erstaunliche Ergebnis gezeitigt, dass in einem Zeitraum von mehreren Wochen über 50% aller anberaumten Termine durch Ausbleiben beider Parteien vereitelt worden sind. Da diese Zustände zu praktisch immer unhaltbarer werdenden Folgen führte, so war es für die Verordnung unvermeidlich, hier Wandel zu schaffen. Durch Vereinbarung der Parteien können nun Fristen nicht mehr verlängert, sondern nur noch abgekürzt werden. ‹§ 224›. Die Entscheidung, ob eine Frist verlängert, ein Termin aufgehoben werden soll, liegt nur dem Gerichte ob. Das Gericht ist jedoch dabei

auch gebunden. Nur aus erheblichen Gründen soll es die Genehmigung geben. Zu den erheblichen Gründen gehören schwebende Vergleichsverhandlungen. Doch wann sind die nach Ansicht des Gesetzgebers gegeben? Es wird sich schwer eine Grenze ziehen lassen. Einem unaufrichtigen Anwalt wird es immer gelingen, diese Vorschrift zu umgehen. Er kann sogar mit ruhigem Gewissen erklären, wenn er seinem Gegner einen Tag oder eine Stunde vorher geschrieben hat: „Wollen wir uns nicht vergleichen", es schweben Vergleichsverhandlungen. Er kann daher jederzeit den Prozess verschleppen.

Man wird daher den § 227, Abs. 1 so auslegen, dass das Gericht nur dann den Termin aufheben kann, wenn die Vergleichsverhandlungen nicht ohne Aussicht sind. Es wird daher das Erscheinen des Gegners von Bedeutung sein. Erst wenn der Gegner die Verhandlung ablehnt, wird das Gericht von einer Aufhebung des Termins absehen.

Ausserdem muss ein solcher Aufhebungsbeschluss mit Gründen versehen sein, obwohl er unanfechtbar ist. Das Gericht ist dabei auch bei übereinstimmenden Anträgen der Parteien in keiner Weise gebunden.

Damit die durch die Novelle getroffene Regelung der Vertagungsfrage auch wirklich Erfolg zu haben verspricht, war es notwendig, das bisherige Recht der Parteien, jederzeit das Verfahren ruhen zu lassen, zu beschränken, denn sonst bestünde die Gefahr, dass die Vertagung auf dem Umwege dieser Vereinbarung doch erzwungen werden könne.

Das Ruhen des Prozesses hat das Gericht anzuordnen, wenn beide Parteien dies beantragen und anzunehmen ist, dass diese Anordnung wegen Schweben von Vergleichsverhandlungen oder aus sonstigen Gründen zweckmässig ist. Aus den Worten „hat anzuordnen" folgt, dass das Gericht das Ruhen des Verfahrens anordnen muss, wenn die angeordneten Voraussetzungen vorliegen. Aber dadurch, dass es heisst, „wenn anzunehmen ist", ist die Anordnung doch in das Ermessen des Gerichtes gestellt. Dass auch dann, wenn diese zwei Voraussetzungen nicht vorliegen und die Parteien

das Ruhen nicht beantragen, das Gericht das Ruhen des Verfahrens anordnen kann, ist nicht gesagt.

Die eigenartige Vorschrift des § 251, Abs. 2, dass dann vor Ablauf von 3 Monaten das Verfahren nur mit Zustimmung des Gerichtes erfolgen darf, soll dafür sorgen, dass die Parteien das Ruhen nicht deshalb herbeiführen, um einen Termin zu vereiteln. Diese Vorschrift steht mit der Beschleunigungstendenz in einem gewissen Gegensatz. Sie stellt eine Prämie für die Verzögerung dar. Es kann doch auch andere Gründe als schwebende Vergleichsverhandlungen geben, die die Parteien veranlassen, das Ruhen des Verfahrens herbeizuführen. Das geht aber nicht ohne weiteres, weil

1. die Gefahr besteht, dass das Gericht das Ruhen nicht genehmigt,
2. wenn es das Ruhen genehmigt, das Verfahren dann vor Ablauf von 3 Monaten an die Zustimmung des Gerichts gebunden ist.

Beides kann den Parteien ungelegen sein, aber sie müssen weiter verhandeln, sie müssen sich eine Entscheidung aufdrängen lassen, selbst wenn sie den Prozess gar nicht führen oder wenigstens jetzt nicht führen wollen.[5]

I. § 2.

Damit aber die Parteien auch nicht durch ihr Fernbleiben die Verhandlung vereiteln, bestimmt § 251a, dass das Gericht, wenn beide Parteien in einem Termine nicht erscheinen, oder die erschienene Partei beim Ausbleiben einer Partei, ohne dass es zur Vertagung kommt, keine Anträge zur Sache stellt, nach Lage der Akten entscheiden kann. Diese Vorschrift trat an die Stelle des früheren § 251: „Erscheinen in einem Termine zur mündlichen Verhandlung beide Parteien nicht, so ruht das Verfahren, bis eine Partei eine neue Ladung zustellen lässt."

Es tritt jetzt also nicht mehr ohne weiteres das Ruhen des Verfahrens ein, sondern das Gericht kann eine Entscheidung n. L. d. A. herbeiführen. § 251a versetzt das Gericht in die Lage, dass

[5] Dispecker, J. W. 25, S. 691.
Vgl. Lehmann, J. W. 25, S. 700. Heilberg J. W. 24, S. 445.
Friedrich Stein, Grundriss des Ziv.-P.-R. und des Konk.-R., S. 210.

es, wenn die bisherigen Ergebnisse eine genügende Grundlage bilden, entweder durch Endurteil den Prozess abschliessen oder durch einen Beweisbeschluss das Verfahren vorwärtsbringen kann. Wenn daher eine abschliessende Entscheidung des Rechtsstreites erfolgt, ist den Parteien die Möglichkeit genommen, in derselben Instanz die Sache noch einmal vorzutragen. Damit nun diese Möglichkeit einer Partei, die ohne ihr Verschulden in den Terminen ausgeblieb war, gegeben ist, bestimmt § 251a, dass das Gericht, wenn es zu der E. n. L. d. A. kommt, dieses Urteil nicht sofort, sondern in einem besonderen auf mindestens eine Woche hinaus anzusetzenden Termin verkünden darf. Die Verkündung unterbleibt, wenn eine Partei ohne Verschulden von dem Verhandlungstermin fernblieb.

Damit ein solches Urteil nicht ohne jegliche mündliche Verhandlung ergehen kann, setzt seine Erlassung voraus, dass in einem früheren Termin eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat.

Das Urteil n. L. d. A. unterbleibt, wenn eine nichterschienene Partei dies vor dem Verkündigungstermine beantragt und ihr unverschuldetes Fernbleiben entschuldigt. Reichen nun beim Ausbleiben zweier Parteien die Entschuldigungsgründe einer Partei aus? Man wird der Auffassung des Kammergerichtsrates Delius folgen dürfen, der sagt, dass das bejaht werden müsse, da ja im Gesetz nur von einer Partei die Rede ist.[6])

Wie steht es nun, wenn eine Partei aus mehreren Personen besteht, z. B. im Falle einer Streitgenossenschaft oder Nebenintervention? Nehmen wir den Fall der Streitgenossenschaft. Bei der einfachen Streitgenossenschaft hilft die Entschuldigung des einen Streitgenossen dem andern nicht, während bei der notwendigen Streitgenossenschaft die Entschuldigung des einen Streitgenossen dem andern hilft.

Das Urteil nach L. d. A. ist schon allein wegen der Kompliziertheit sehr selten gefällt worden. Das Urteil darf erst in einem mindestens eine Woche hinaus anzusetzenden Termin verkündet werden. Dieser Termin muss den Parteien mittels eingeschriebenen Briefes mitgeteilt werden. Ob der eingeschriebene Brief

[6]) Delius, im „Recht" 24, S. 100.

angekommen ist, darüber macht sich der Gesetzgeber keine Sorgen.

Beantragt nun die Partei vor dem Verkündungstermin, dass die Verkündung des Urteils unterbleibt und macht glaubhaft, dass sie ohne Verschulden den Verhandlungstermin versäumte, so darf das Gericht sein vielleicht mühsam gestaltetes Urteil nicht verkünden. Verständlicherweise wird der Richter wenig geneigt sein, die Entschuldigungsgründe der nicht erschienenen Partei anzuerkennen.[7]

Die Fälle, in denen ein Aktenurteil erlassen werden kann, sind aber auch dann sehr selten, wenn man den Standpunkt des Verfassers der Nov. Volkmar vertritt: „Nur wenn auf Grund der vorgebrachten Behauptungen die Gegenpartei sich ausdrücklich auf diese erklärt hat, die Sache spruchreif ist, und Behauptungen, die für die Entscheidung wesentlich sein können, nicht vorliegen, darf ein Aktenurteil ergehen". [8] Dies wird nicht häufig der Fall sein.

Aber nicht allein deshalb, weil dieses Institut sehr kompliziert und zeitraubend ist, wird vom Aktenurteil nicht allzuviel Gebrauch gemacht werden, sondern auch, weil die Fassung des § 251a so ungenau ist, dass sie viel Anlass zu juristischen Konflikten geben kann.

Schwierigkeiten bietet schon der Begriff „nach Lage der Akten". Man fragt sich, was gehört unter diesen Begriff und was gehört nicht dazu. Schon bei den Verhandlungen im Rechtsausschuss des Reichstages zerbrach man sich den Kopf darüber. Es wurde vorgeschlagen, dass unter den Begriff „Lage der Akten" alles fallen sollte, was sowohl in früheren Verhandlungen mündlich vorgetragen worden sei, als auch alle Schriftsätze, die nachher zu den Akten gelangten und dem Gegner bekannt sind. Jetzt entstand wieder die schwierige Frage: Wie sollte das Ergebnis der letzten mündlichen Verhandlung festgestellt werden? Sollte allein das Protokoll der Verhandlung massgebend sein? Dürfte sich der Richter seines Gedächtnisses bedienen? Wie würde man feststellen, dass die Partei tatsächlich ihre Zustellung erhalten hat? Kurz, die Schwierigkeiten schienen dem Rechtsausschuss so gefährlich, dass

[7] Vgl. Dispecker, J. W. 25, S. 691.
[8] „ Volkmar, J. W. 25, S. 709.

er auf eine Lösung verzichtete, sie vielmehr der Wissenschaft überliess, mit der Erklärung, dass dieser Punkt erst bei der Gesamtrevision der ZPO. erledigt werden könne.

Eine solche Teilreform und vor allem eine solche Gesetzgebung dürfte doch wohl bedenklich erscheinen.

Einen Anhaltspunkt zur Gewinnung des Begriffes „n. L. d. A." bietet der § 251a dadurch, dass er bestimmt, dass ein Urteil „n. L. d. A." nur ergehen darf, wenn in einem früheren Termin mündlich verhandelt worden ist. Da das Gesetz jedoch den Richter nicht verpflichtet, das Ergebnis einer mündlichen Verhandlung zu protokollieren, so ergibt sich, dass unter den Begriff „n. L. d. A." auch Dinge fallen können, die nicht in den Akten stehen. Man darf wohl annehmen, dass unter Entscheidungen n. L. d. A. der Inbegriff des ordnungsmässig in den Rechtsstreit eingeführten Prozessstoffes zu verstehen ist. Dazu gehört sowohl das Streitmaterial, das von den Parteien hereingebracht wird, als auch das, welches das Gericht sich selbst beschafft hat. Die Parteien bringen das Streitmaterial mittels vorbereitender Schriftsätze und durch mündliches Vorbringen in die Verhandlung. Der Inhalt eines Schriftsatzes kann jedoch nur dann berücksichtigt werden, wenn er bei Gericht eingereicht und dem Gegner zugestellt worden ist. Das Gericht muss daher aus den Schriftsätzen ermitteln, ob der Gegner den Schriftsatz erhalten hat oder nicht. Wenn Klagebeantwortung, Replik, Duplik nacheinander kommen, so wird in der Regel der Zugang des Schriftsatzes an den Gegner erwiesen sein. Wenn jedoch das nicht vorliegt, z. B. wenn sich die Schriftsätze der Parteien kreuzen, so wird das Gericht 251a nicht anwenden können, weil es den Zugang von Schriftsätzen gar nicht feststellen kann.

Neben dem Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze sind die Erklärungen der Parteien in der mündlichen Verhandlung maßgebend. Hat die mündliche Verhandlung nach Einreichung eines Schriftsatzes stattgefunden, so gilt bei der Aktenentscheidung das Ergebnis der mündlichen Verhandlung, soweit die Schriftsätze sich widersprechen. Ist der Schriftsatz nach der mündlichen Verhandlung eingereicht, so gilt der Schriftsatz entsprechend. Wenn das Gericht nach der münd-

lichen Verhandlung anders besetzt ist, so kann eine Entscheidung nach Lage der Akten nicht erfolgen, es sei denn, dass das Ergebnis der mündlichen Verhandlung genau protokolliert ist.

Ob das vom Gericht beschaffte Streitmaterial, wie g. B. Protokolle des ersuchten Richters, amtliche Auskünfte, verwendet werden kann, hängt davon ab, ob den Parteien dieses Streitmaterial mitgeteilt worden ist. Die Entscheidung n. L. d. A. darf nur auf Grund des Streitstoffes erfolgen, der in dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Zeitpunkt vorliegt. Daraus folgt, dass, wenn in diesem Zeitpunkte eine Entscheidung auf Grund der Prozesslage nicht erfolgen kann, z. B. dass Zweifel hinsichtlich des eingeführten Prozessstoffes vorliegen oder Entscheidungsreife nicht gegeben ist, eine Fortsetzung des Verfahrens mittels schriftlicher Fragen ausgeschlossen ist. Das Gericht kann dann nur einen neuen Verhandlungstermin bestimmen oder das Ruhen des Verfahrens anordnen.

Betrachtet man schliesslich das Urteil nach Lage der Akten im Ganzen, so stellt es eine Fiktion dar, die besagt: Die Parteien haben alles für die Entscheidung Wesentliche entweder in Schriftsätzen oder in der Verhandlung vorgebracht: Sie seien deshalb in dem angesetzten Termin nicht erschienen, weil sie nichts mehr vorzubringen haben.

Eine solche Fiktion gefährdet die ganze Rechtssicherheit, denn dass die Parteien von dem Termin weggeblieben, beruht nicht darauf, dass sie nicht kommen wollten, sondern, dass sie nicht kommen konnten. Die weitere Folgerung der Fiktion ist:

1. Dass Schriftsätze, die nach Schluss des Termins eingehen, nicht zu berücksichtigen sind. Doch merkwürdig ist es, wenn dennoch solche Schriftsätze unter Umständen geeignet sein können, das Aktenurteil abzuwenden.
2. Dass der Beklagte prozesshindernde Einreden nicht mehr geltend machen kann, wenn er sie nicht rechtzeitig schriftlich oder mündlich vorgebracht hat.[9]

§ 251a verstösst nicht zuletzt gegen das den Zivilprozess immer noch beherrschende Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsprinzip.

9) Kann, J. W. 24, S. 383; Striemer, D. J. Z. 24, S. 501; vgl. De Boor, Entsch. n. L. d. A.; Volkmar, J. W. 24.

So schön auch die Worte „Beschleunigung und Vereinfachung des Prozessverfahrens" klingen, so müssen doch die beiden grundlegenden Prinzipien der Zivilprozessordnung hochgehalten werden.

II. §. 3.

Erscheinenszwang für die Parteien.

Eine Verstärkung der richterlichen Prozessleitung wird durch § 141 der Neufassung ermöglicht, dadurch, dass das persönliche Erscheinen der Parteien durch Geldstrafen erzwungen werden kann. Die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien hat den Zweck, die Parteien zur Aufklärung des Sachverhaltes zu befragen. § 141 bildet daher eine notwendige Ergänzung der dem Richter zur Erfüllung seiner Aufklärungspflicht gegebenen Rechte. Dadurch, dass die Nov. die Strafsanktion eingefügt hat, wird klar zum Ausdruck gebracht, dass die Erscheinungspflicht nicht nur ein Uebel ist, das die Parteien bei Vermeidung prozessualer Nachteile mitnehmen müssen, sondern, dass sie auch eine dem Staat gegenüber zu erfüllende Pflicht ist. § 141 will entweder den unklaren Vortrag des Prozessbevollmächtigten aufklären oder Widersprüche beseitigen. Im letzteren liegt auch der Unterschied von der Beweisaufnahme. Damit diese Anordnung nicht unbillig erscheint, kann davon abgesehen werden, wenn der Partei wegen weiter Entfernung ihres Aufenthaltsortes vom Gerichtssitz oder aus sonstigen wichtigen Gründen die persönliche Wahrnehmung des Gerichtes nicht zugemutet werden kann. Ferner ist angeordnet, dass gegen die nichterschienene Partei mit Geldstrafen nicht vorgegangen werden kann, wenn die Partei zur Verhandlung einen Vertreter sendet, der zur Aufklärung des Tatbestandes in der Lage und zur Abgabe der gebotenen Erklärungen, insbesondere zu einem Vergleichsabschlusse ermächtigt ist. Der Vertreter kann der Prozessbevollmächtigte sein, aber er braucht es nicht zu sein.[10])

Das Erscheinen der Parteien konnte bisher ja schon angeordnet, aber nicht erzwungen werden. Jetzt kann es angeordnet und erzwungen werden. Nicht ganz einzusehen ist es, dass das persönliche Erscheinen der Parteien nur im amtsgerichtlichen Gütever-

[10]) Curtius, J. W. 24, S. 356.

fahren und nur vom Prozessgericht zur Aufklärung des Sachverhaltes erzwungen werden kann.[11]) Während der Amtsrichter im Güteverfahren die Parteien zwingen kann, im Vergleichstermine zu erscheinen, kann der Prozessrichter dies nur bei Aufklärung des Sachverhalts, nicht aber zur Vornahme des Vergleichs. Diese Bestimmung hätte daher logischer gefasst werden müssen.

Erscheint nun auf Anordnung des Gerichtes in dem Termine die Partei persönlich, nicht aber ihr Prozessbevollmächtigter, so hat die Partei im Anwaltsprozess nach § 330 den Termin versäumt und es kann auf Antrag des Gegners Versäumnisurteil oder Entscheidung nach Lage der Akten ergehen, wenn die Partei ordnungsgemäss geladen war. Im Parteiprozess kann die erschienene Partei ihre Rechte selbst vertreten.

Wie ist es nun, wenn zwar der Prozessbevollmächtigte, nicht aber die geladene Partei erscheint?

Hier muss man unterscheiden:

1. § 141 gibt als Ersatz des persönlichen Erscheinens der Partei die Entsendung eines Vertreters, der zur Aufklärung des Tatbestandes in der Lage und zur Abgabe der gebotenen Erklärungen insbesondere zu einem Vertragsabschlusse ermächtigt ist. Die Anhörung des Vertreters soll dazu dienen, das Parteivorbringen zu erläutern und zu ergänzen, sie dient also nicht der Erforschung der Wahrheit. Wenn die Aussagen des Vertreters als Erkenntnisquelle benutzt werden sollen, so muss er als Zeuge vernommen werden.
2. Bleibt jedoch die geladene Partei aus und hat keinen Vertreter entsandt, so ist das Gericht befugt, aus dem Fernbleiben bei der Beweiswürdigung Schlüsse zu ziehen. Voraussetzung ist, dass die Partei ordnungsgemäss geladen war.

Schliesslich fragt sich noch, wenn die Parteien einen Vertreter entsenden, der zum Vergleichsabschlusse bevollmächtigt ist, wo eigentlich die Grenze für diesen Vergleich liegt. Könnte nicht eine Partei, um sich der Geldstrafe zu entziehen, dadurch, dass sie den Vertreter weder zur Aufklärung des Tatbestandes noch zur Abgabe von Erklär-

[11]) Heilberg, J. W. 24, S. 445

ungen ermächtigt, zu dem Vertreter sagen: „Ich ermächtige Sie zum Abschlusse eines Vergleiches von Mk. 30.—". Wenn es sich bei dieser Ermächtigung um eine Streitsumme von Mk. 30000.— handelt, so stellt dies eine Verhöhnung eines Vergleiches dar.[12] Wenn dieses Beispiel auch absurd ist, so muss man sich doch die Frage vorlegen, wo liegt eigentlich die Grenze für einen Vergleich?

Man bedenke auch den Fall, dass die Partei zwar einen Vertreter zur Aufklärung des Tatbestandes sendet, das Gericht aber auf dem Standpunkt steht, dass er nicht genügend informiert sei. Der Richter kann in diesem Falle die Partei in Strafe nehmen, obwohl nach der Ueberzeugung der Partei sie einen vollkommen unterrichteten Vertreter entsandte.[13]

II. Abschnitt.

Vorbereitung und Konzentrierung der Verhandlung.

I. § 4.

Güteverfahren.

Eine sehr einschneidende und vielbekämpfte Neuerung bringt die Nov. in den § 495f durch die Einführung des obligatorischen Güteverfahrens. Zweck dieses Instituts soll sein, die Verschleppung der Prozesse der Parteien durch Stärkung der Gerichtsherrschaft zu verhindern. Die Möglichkeit eines gerichtlichen Güteversuches war in der ZPO. vor der Nov. im § 510c schon gegeben. Er wurde aber davon wenig Gebrauch gemacht, da ja für die Parteien kein Erscheinenszwang bestand.

Jetzt ist in Amtsgerichtssachen das Güteverfahren obligatorisch und die Parteien müssen sich darauf einlassen. Nur in sechs Fällen ist dies nicht erforderlich.

Wird nicht glaubhaft gemacht, dass einer dieser sechs Fälle vorliegt, so gilt die Klage als Güteantrag. Das Güteverfahren findet vor dem Amtsrichter statt, der, wenn kein Vergleich geschlossen wird, in der Sache zu entscheiden hat.

Es besteht aber auch nach § 495a, Abs. 1 die Möglichkeit, dass die Landesjustizverwaltungen Gütestellen einrichten und anerkennen. Die Forderung, das Güteverfahren überhaupt ausser-

[12] Vgl. Hodenberg, J. W. 24, S. 365
[13] Heilberg, J. W. 24, S. 445

gerichtlich zu gestalten und einfache Sachen durch den Gerichtsschreiber erledigen zu lassen, ist vom Reichsjustizministerium auf Veranlassung des Reichstagsausschusses nicht gebilligt worden. Die Ablehnung der letzten Forderung war zu begrüssen. Aber auch die blosse Möglichkeit, dass aussergerichtliche Gütestellen errichtet werden, ist nicht zu begrüssen. Sie würden ja auch gar nicht in unsere Zeit des Sparens hineinpassen und Sparsamkeit steht ja auch als Motto über die Nov. von 1924. Davon abgesehen besteht die Gefahr, dass oft Vergleiche, die nicht zu der wirklichen Rechtslage in Einklang stehen, herbeigeführt werden, da ja in diesen Gütestellen keine Juristen zu sitzen oder nicht zu sitzen brauchen.[14])

Wie gestaltet sich nun weiter das Güteverfahren? Der Güteantrag bewirkt noch nicht die Rechtshängigkeit, aber in Ansehung der Wahrung einer Frist oder der Unterbrechung der Verjährung hat der Güteantrag dieselbe Wirkung wie eine Klageerhebung. (496. Abs. 3). Ein zurückgenommener Antrag gilt als nicht gestellt. Erscheint der erhobene Anspruch aussichtslos, so ist der Güteantrag zurückzuweisen. Der Antragsteller kann dann klagen. In den anderen Fällen beraumt das Gericht unverzüglich Termin an. Das Gericht kann zur Vorbereitung der Güteverhandlung entsprechende Massnahmen treffen, insbesondere hat es das Recht, das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen. Leistet die Partei der Anordnung nicht Folge, so kann sie in Geldstrafe genommen werden. (§ 499b). Ist keine der Parteien im Termine erschienen oder vertreten, so erklärt das Gericht den Güteantrag für zurückgenommen. (§ 499f, Abs. 1). Bleibt nur eine Partei im Termin aus, so wird auf Antrag der erschienenen Partei sofort in das Streitverfahren eingetreten. Darin liegt der Einlassungszwang. Der Güteantrag gilt nun als Klage und auf das weitere Verfahren finden die Vorschriften des Versäumnisverfahrens Anwendung. Wenn also der allein erschienene Antragsteller Versäumnisurteil beantragt, so ist bei der Entscheidung die vom Antragsteller früher vorgebrachte Aenderung und Ergänzung als Klageinhalt zu berücksichtigen. Hat eine mündliche Verhandlung noch nicht stattgefunden, so kann jedoch ein Urteil nach Lage der Akten nicht ergehen.

[14]) Heilberg, J. W. 24, S. 444.

Erscheinen die beiden Parteien, so erörtert das Gericht in freier Würdigung aller Umstände das gesamte Streitverhältnis und sucht einen gütlichen Ausgleich herbeizuführen. Während zur Aufklärung des Sachverhalts ein Augenschein eingenommen werden kann, können andere Vèrweise nur insoweit erhoben werden, als die Beweiserhebung sofort erfolgen kann. Dem Ermessen des Gerichtes bleibt es überlassen, inwieweit Zeugen oder Sachverständige eidlich oder uneidlich vernommen werden. Dagegen findet ein Beweis durch Parteieid nicht statt. ‹499 c›. Damit aber nicht eine Partei den Zwang zur Güteverhandlung zur Verzögerung und Verschleppung des Prozesses gebrauchen kann, bestimmt § 499e, dass, wenn beide Parteien sich nicht einigen, der Rechtsstreit möglichst sofort, sonst in einem alsbald anzuberaumenden Termin streitig verhandelt wird. Für das Streitverfahren gilt in diesem Falle auch in Ansehen der Rechtshängigkeit der Güteantrag als Klageschrift, wobei jedoch Aenderungen und Ergänzungen zu berücksichtigen sind, die der Antsagsteller in der Güteverhandlung etwa vorgebracht hat. Es wird also das Güteverfahren ein Teil des Streitverfahrens in dem Augenblick, wo in das Streitverfahren eingetreten wird. Ueber die wesentlichen Ergebnisse ist daher im Güteverfahren ein Protokoll aufzunehmen ‹499 g›.

Im Zusammenhang wird hier das Mahnverfahren, das auch ein Güteverfahren vorsieht, behandelt. Zunächst kommt das Mahnverfahren. Wird im Mahnverfahren ein Widerspruch eingelegt, so ist zunächst ein Termin zur Güteverhandlung anzuberaumen. Dieses Güteverfahren geht unter den gleichen Erfordernissen in das Streitverfahren über, als wenn ein Mahnverfahren nicht stattgefunden hätte. § 696 bestimmt in diesem Falle, dass die Streitsache mit Zustellung des Zahlungsbefehles als rechtshängig gilt. Früher war die Sache so, dass die Klage bereits als mit der Zustellung des Zahlungsbefehls bei dem A.-G. erhoben galt. Jetzt geht vielmehr umgekehrt das Mahnverfahren dem Güteverfahren vor.

Die Einführung des obligatorischen Güteverfahrens ist teilweise sehr willkommen geheissen worden, aber noch mehr verurteilt worden und das mit Recht. Wenn es auch manchmal der

Beschleunigungstendenz dient, dadurch, dass das obligatorische Güteverfahren zum Vergleiche führt, so ist doch Tatsache, dass es in den weitaus meisten Fällen zur Belastung der Gerichte, zu einer Mehrschreiberei führt. Und das alles zu einer Zeit, wo grösste Sparsamkeit am Platze ist, wo der ganze Beamtenapparat verkleinert und abgebaut werden soll.

Soweit nichtstreitige Ansprüche in Frage kommen, wird es für jeden säumigen Schuldner ein willkommenes Mittel sein, die Zahlung hinauszuschieben. Jeder Schuldner wird sich im Güteverfahren einigen und ist froh, auf diese leichte Art wieder eine Zeit von 14 Tagen oder noch länger gewonnen zu haben.[15])

Schlimmer noch sind die Unklarheiten, die das obligatorische Güteverfahren mit sich bringt. Es ist doch sehr leicht möglich, dass im Güteverfahren ein Anerkenntnis vorkommt. Es besteht nun die schwierige Frage, wie ein solches Anerkenntnis aufgefasst wird? Das Gesetz gibt uns darüber keine Auskunft. Es ist scheinbar wieder eine Frage, die die Wissenschaft entscheiden soll. Es fragt sich, ob ein solches Anerkenntnis 1.) ein Vergleich im prozessualem Sinne oder 2. eine Aufnahme einer einfachen Verpflichtungshandlung oder 3.) den Uebergang in das Streitverfahren durch das Anerkenntnisurteil darstellt. Nach richtiger Auffassung dürfte ein solches Anerkenntnis als ein Vergleich aufgefasst werden. Der Gesetzgeber meint in § 499g, Abs. 1 Ziff. 1 unter „Vergleich" jede Einigung der Parteien, mag er sich auch als Anerkenntnis oder Verzicht darstellen. Es kommt nicht darauf an, ob die Erfordernisse des materiell-rechtlichen Vergleichs des § 799 BGB, nämlich, beiderseitiges Nachgeben, erfüllt sind. Ein Anerkenntnis im Güteverfahren ist daher ein Vergleich im Sinne des § 499g, Abs. 1, Ziff. 1 auch hinsichtlich der Vollstreckbarkeit. Ein Anerkenntnisurteil kann im Güteverfahren nicht erlassen werden und auch die Ueberleitung in Streitverfahren zwecks Erlass eines Anerkenntnisurteiles ist mit § 499e, Satz 1 nicht vereinbar.

Damit das Güteverfahren nicht zur Verschleppung missbraucht werden kann, ist das Gesetz bestrebt, ohne jeden Zeitverlust als-

[15]) Dispecker, J. W. 25, S. 694. Vgl. Lehmann, J. W. 25, S. 700.

bald in die Streitverhandlung überzugehen. Beim Misslingen des Sühneversuches kann jede Partei den alsbaldigen Eintritt in das Streitverfahren beantragen. Für das Streitverfahren braucht keine neue Klageschrift eingereicht werden, sondern der Güteantrag gilt als Klageschrift. Die Rechtshängigkeit wird dann derart zurückdatiert, als wenn von Anfang an statt des Güteantrages die Klage eingereicht worden wäre. (§ 499e, Abs. 1). Auch im Versäumnisfalle einer Partei wird sofort ins Streitverfahren eingetreten. Der Güteantrag gilt dann auch hier als Klageschrift. Der Antragsgegner wird daher mit Rücksicht auf diese Möglichkeit schon auf die Versäumnisfolgen aufmerksam gemacht, wenn ihm der Güteantrag mitgeteilt wird. (§ 499f, Abs. 2).

Trotz des Bestrebens des Gesetzes, prozessbeschleunigend zu wirken, sind die Möglichkeiten, dass durch das Güteverfahren der Prozess verzögert wird, sehr viele.

Das Güteverfahren wird in der Regel in einem Zeitpunkt durchgeführt, in welchem ein ordnungsmässiger Schriftsatzwechsel noch nicht stattgefunden hat. Der Richter muss daher auf Grund des Sachvortrages eine Einigung versuchen und falls in das Streitverfahren eingetreten wird, auch eine Entscheidung fällen. Es ist nun zu befürchten, dass in Zukunft die Zeit der Richter noch mehr in Anspruch genommen wird, zumal die Parteien sich bis zur Beendigung des Güteverfahrens wohl kaum eines Anwalts bedienen werden. Bei dieser Sachlage wird auch zu befürchten sein, dass der Richter beim Scheitern der Güteverhandlung einen neuen Termin für das Streitverfahren ansetzen wird, wodurch die Erledigung noch weiterhin verzögert wird.

Die §§ 499b u. c gestatten dem Gericht die sofortige Ladung von Zeugen und Sachverständigen zum Gütetermin. Wird berücksichtigt, welche Unsummen nutzloser Zeugengebühren entstehen können, so ergibt sich auch, dass dadurch der Prozess verzögert wird, da oft Zeugen, die für das Güteverfahren regelmässig ausreichen, beim Scheitern des Gütetermines im Streitverfahren nochmals vernommen werden müssen.

Zu unliebsamen Verzögerungen kann der § 499b, Abs. 1

besonders bei grösseren Gerichten führen. Der Anwalt, der wegen Behinderung des Gerichts den Termin nicht zur festgesetzten Stunde wahrnehmen konnte, weil gleichzeitig andere Sachen anstanden, versucht später eine Verhandlung und erfährt nun, dass die Gegenpartei anwesend war, Anträge nicht gestellt hat und das Gericht deshalb den Güteantrag durch Beschluss für zurückgenommen erklärt hat. Da ein solcher Beschluss rechtlich zulässig ist, da § 333 analog auch für das Güteverfahren Anwendung findet, muss der Anwalt auf eigene Kosten und zum Schaden seiner Partei den Güteantrag wiederholen, wodurch das Verfahren verzögert wird. ⟨Samter: Güteverfahren und Streitverfahren⟩.

Nach Scheitern des Güteversuchs wird ins Streitverfahren eingetreten. Doch bei jedem Uebergang ins Streitverfahren muss nun der Richter den Gerichtskostenvorschuss und Einziehung der zweiten Gebührenhälfte nachprüfen. Diese Prüfung macht aber in den meisten Fällen den Uebergang ins Streitverfahren unmöglich, da die Partei nicht zahlen kann.

Letzten Endes ist der Ausdruck „obl. Güteverfahren" nur ein schöner Deckname. Denn im wesentlichen geschieht im Güteverfahren das Gleiche, was bei der Klage auch geschieht. Das Güteverfahren bezweckt den Vergleich der Parteien, aber davon sind wir weit entfernt. Wenn der, dem ein derartiger Vergleich nahegelegt wird, nicht erscheint, wird er in Geldstrafe genommen. Wenn er aber dennoch nicht erscheint, so verwandelt sich das Güteverfahren in Streitverfahren, es ergeht gegen ihn Versäumnisurteil. Das ist doch das Gegenteil des Güteverfahrens, das ist nichts anderes, als Verleugnung des Güteverfahrens. Erscheint aber nun der Antragsgegner, d. h. der, gegen den sich das Güteverfahren richtet, und es kommt kein Vergleich zustande, so kann in das Streitverfahren eingetreten werden, wenn der Gerichtskostenvorschuss bezahlt ist. Die notwendige Folge ist aber dann die, dass in den meisten Fällen nicht in die streitige Verhandlung eingetreten werden kann.

Sehr merkwürdig mutet noch diese Bestimmung an, dass, wenn der Antragsgegner den Antrag stellt, in die streitige Verhandlung einzutreten, er keinen Gerichtskostenvorschuss zu bezahlen braucht.

Kann es da nicht vorkommen, dass die Parteien dann ausmachen: stell Du den Antrag, dann brauchen wir keine Gerichtskosten zu bezahlen.[16] Darin liegt eine gewisse Unlogik des Gesetzes.

Das schlimmste Uebel des oblig. Güteverfahrens scheint Verf. folgendes zu sein: In dem bisherigen Verfahren wurde gerügt, dass die Richter bisher zu viel Wert auf die Rechtsfrage, auf das formal-juristische gelegt hätten. Dadurch wären sie dem ganzen Volksleben entfremdet worden. Das deutsche Volk wäre durch die ZPO. auf Kampf eingestellt und zur Rechthaberei erzogen worden. Die Richter müssten jetzt daher mehr eine vermittelnde Tätigkeit einnehmen, müssten mehr die wirtschaftlichen, sozialen und seelischen Momente berücksichtigen, müssten aus prozessökonomischen Gründen die streitigen Sachen von den unstreitigen trennen. Das oblig. Güteverfahren würde in dieser Beziehung viel Gutes wirken.[17]

Das hört sich ganz gut an. Aber man bedenke dagegen folgendes: Das Güteverfahren findet vor dem Richter statt, der, wenn das Güteverfahren nicht zum Vergleiche führt, Prozessrichter ist. Plötzlich darf er nur über die Rechtslage, nicht über die wirtschaftlichen Zusammenhänge urteilen. Ist er da nicht befangen, wenn er in derselben Verhandlung einige Minuten oder Tage später als Prozessrichter in derselben Sache entscheidet? Selbst wenn er unbefangen ist, ist er es dann noch in den Augen der Parteien? Man stelle sich dies vor allem bei einem kleinen Gerichte vor, wo jeder mit dem grössten Vertrauen zum Richter kommt. Muss das nicht das ganze Vertrauen des Volkes zum Richter rauben, die Unbefangenheit zur Rechtspflege?[18]

Ist es letzten Endes nicht auch psychologisch verkehrt, das oblig. Güteverfahren nach der Antragstellung beginnen zu lassen, gerade dann, wo die Partei am meisten von der Richtigkeit ihrer Ansicht überzeugt ist?

[16] Heilberg. J. W. 24, S. 444, vgl. Friedrich Stein: Güteverfahren, S. 240; Sydow-Busch, Anm. zu § 499e; Jonas-Stein, Anm. zu 499e in Komm. z. Ziv.-P.-O.

[17] Volkmar, J. W. 24, S. 352; vgl. Archiv f. Rechtspflege 1924.

[18] Vgl. Heilberg, J. W. 24, S. 361; Samter: Güteverfahren und Streitverfahren vor dem A.-G. Berlin 1924.

Nachdem nun aber das oblig. Güteverfahren eingeführt ist, fragt es sich, ob die Vorteile grösser sind, als die Nachteile. Das ist zu verneinen. Bisher bestand schon die Möglichkeit, das Verfahren vor dem Landgericht und A. G. mit einem Sühneversuch zu beginnen. Auch bisher konnte der Richter die Verhandlung und somit das Güteverfahren vorbereiten. Jeder Richter hat daher einen Güteversuch vorgenommen, wenn er nicht von vorneherein aussichtslos erschien. Im wesentlichen ist also nur der Güteversuch vor der Klagerhebung neu. Im Amtsgerichtsverfahren spielt dies aber eine sehr untergeordnete Rolle. Anders wäre es im Landgerichtsverfahren. Wenn sich auch dagegen die Anwälte aufs Schärfste verwahrt hätten, so hätte man ja nicht soweit zu gehen brauchen. Es wäre zweckmässig gewesen, vor der Klagerhebung den Gegner zu einem Sühneversuch vor dem Richter der zuständigen Kammer zu laden und dabei den Anwaltszwang auszuschalten. Gerade in Landgerichtssachen wäre es von grösserer Bedeutung als in Amtsgerichtssachen, mit dem Gegner über einen Vergleich vor dem Richter der zuständigen Kammer zu verhandeln. Es wäre bestimmt davon mehr Gebrauch gemacht worden, als bisher von dem jetzt gestrichenen § 510c. Wenn jedoch einmal Anwälte beauftragt und Kosten entstanden sind, dann sind die Parteien wenig für eine gütliche Einigung zu haben.[19])

Verwandt mit dem Güteverfahren ist das Sühneverfahren in Armenrechtssachen. Da die im Armenrecht geführten Prozesse die Staatskasse sehr belasten, prüft man nun mehr als bisher die Aussichten der Partei.[20]) Der Richter hat bisher die Parteien zunächst vernommen und dabei ist sehr oft ein Vergleich geschlossen worden. Ein solcher Vergleich konnte vor dem A.G. sofort protokolliert werden, nicht aber vor dem L.G. Diese Möglichkeit ist nun durch § 118 a gegeben.

II. § 5.

Verfahren vor dem Einzelrichter.

Wie das Güteverfahren, so bezweckt auch das Verfahren vor dem Einzelrichter die Beschleunigung des Prozessverfahrens. Man

[19]) „Mitteilungen der Industrie- und Handelskammer zu Berlin" 1924, S. 196.
[20]) Reichsgerichtsentsch. 4, S. 417.

geht dabei von der Erwägung aus, dass die Massnahmen, die zur Stärkung der richterlichen Prozessleitung dienen, keinen durchgreifenden Erfolg haben, sogar versagen müssen, wenn der Prozess von den Parteien zu den einzelnen Terminen so ungenügend vorbereitet ist, dass das Gericht zur Vertagung schreiten muss. Hauptübel war bisher die ungenügende Vorbereitung der Termine, die immer zur Vertagung der Termine führen musste. Die ZPO. vor der Nov. hatte nur wenige Bestimmungen, die der Beschleunigung des Prozesses dienten. Die wenigen Vorschriften der §§ 279, 374, 433 haben sich nicht bewährt, weil sie zu eng gehalten waren und meist an die Zustimmung der Gegenpartei gebunden waren. Die Kostenvorschriften des § 278, Abs. 2 und 283, Abs. 2 sind selten in Anwendung gekommen, weil es nur Kannvorschriften waren. Unter diesen Umständen hat der § 278, der bestimmte, dass die Parteien bis zur letzten mündlichen Verhandlung neue Tatsachen und Beweisangebote vorbringen konnten, nur zur Verschleppung des Prozesses beigetragen. Die mündliche Verhandlung ist dadurch sehr an Wert zurückgetreten, was zur Folge hatte, dass nicht nur die Schnelligkeit des Verfahrens, sondern auch die Güte der Entscheidung litt. Um diesen Umständen vorzubeugen, hat die Nov. durch die Einrichtung des Verfahrens vor dem Einzelrichter, das nicht nur das ganze Verfahren wesentlich beeinflusst, sondern auch zur Vereinfachung der Gerichtsorganisation dienen soll,[21] versucht, zu erzwingen, dass die Verhandlungstermine so fruchtbringend ausgenützt werden, dass in einer einzigen Verhandlung eine endgültige Entscheidung erzielt wird. Dieses Ziel wird dadurch erreicht, dass die Befugnisse des Einzelrichters im Gegensatz „zum beauftragten Richter" bedeutend erweitert, dass es ihm in die Hand gegeben ist, über die Parteien zu verfügen. Diese Einrichtung soll vor allem bei den OLG. und LG. von erheblicher Bedeutung sein.

Im einzelnen bestimmt die Nov., dass zunächst jede Sache vor dem Einzelrichter zu verhandeln ist zur Vorbereitung der Entscheidung des Kollegiums. Hiervon kann nach Bestimmung des Vorsitzenden abgesehen werden, wenn eine Vorbereitung nach den

[21] Vgl. Volkmar, J. W. 24, S. 350, Ziff. 3

Umständen nicht erforderlich erscheint. Dies wird vor allem bei Urkunden- und Wechselprozessen der Fall sein. Auch auf Prozesse betreff Arreste und einstweilige Verfügungen sind § 348 ff nicht anwendbar, da mit Rücksicht auf das sofortige Glaubhaftmachen der Parteien eine Vorbereitung der Sache nicht in Frage kommen kann.

Der Einzelrichter ist nicht beauftragter Richter, sondern erkennendes Gericht. Dem Einzelrichter können bindende Befehle nicht erteilt werden, da ja gerade darin der wesentliche Unterschied zwischen Einzelrichter und beauftragter Richter liegt. Denn ihm steht die Macht zu, gewisse Entscheidungen selbständig zu treffen. Jedes Gericht, das sich mit der Sache befasst und Entscheidungen treffen kann, ist erkennendes Gericht. Man darf sich nicht irreführen lassen, wenn das Gesetz das Kollegium im Gegensatz zum Einzelrichter als Prozessgericht bezeichnet. Dass der Einzelrichter erkennendes Gericht ist, ergibt sich aus den Befugnissen, die der Einzelrichter hat. Das Verfahren vor dem Einzelrichter ist öffentlich und mündlich. ⟨§§ 128, 170⟩. Es herrscht, wie im Prozessgericht, Anwaltszwang, auf ihn findet der Titel „Ladungen, Termine, Fristen" unbeschränkt Anwendung.

Nicht ganz einzusehen ist die von Heilberg vertretene Ansicht, das Verfahren vor dem Einzelrichter gehe der mündlichen Verhandlung voraus. Die §§ 348, Abs. 1, 349, Abs. 1, Ziff. 2 und 3 in Verbindung mit § 128 sagen doch deutlich genug, dass vor dem Einzelrichter mündlich verhandelt wird.

Auch Rechtshilfe muss dem Einzelrichter von anderen Gerichten gewährt werden. § 350, Abs. 2 bestimmt ferner, dass für die Anfechtung von Entscheidungen des Einzelrichters dieselben Vorschriften gelten, wie für die Anfechtung entsprechender Entscheidungen des Prozessgerichtes.

Einzelrichter ist in Sachen der Zivilkammer der Vorsitzende, d. h. der Direktor der Kammer oder der Präsident des Senates oder ein von ihm zu bestimmendes Mitglied der Kammer, in Sachen für Handelssachen der Vorsitzende, nicht aber ein Handelsrichter.

Ein Einzelrichter wird meistens bestimmt, wenn sich im Termin vor dem Kollegium zeigt, dass weitere Vorbereitung erforderlich ist.[22])

Aus § 348 ist nicht eindeutig zu entnehmen, ob die Entscheidung des Vorsitzenden, ob die Verhandlung vor dem Einzelrichter oder vor dem Prozessgericht stattfinden soll, sofort erfolgen müsse. Wolf vertritt den Standpunkt, dass der Vorsitzende diese Entscheidung nach stattgefundener mündlicher Verhandlung, auch nach dem Einspruch gegen ein Versäumnisurteil treffen kann. Auch Kann und Leonhard schliessen sich der Auffassung an, die unbedingt im Sinne des Gesetzes ist.

Die Auffassung vom Einzelrichter, er solle seine ganze Tätigkeit darin erblicken, um das Ergebnis, das er im Laufe der Verhandlungen gewonnen habe, im Einverständnis der Parteien festzulegen und dem Kollegium als feste Grundlage zu bezeichnen, ist völlig abwegig. Die ganze Tätigkeit des Einzelrichters stünde dann in krassem Gegensatz zur Beschleunigungs- und Vereinfachungsdentenz der Nov., denn dadurch würde nur Zeit und Arbeit vergeudet und der Anlass zu neuem Streit gegeben.[23])

Es ist auch die Ansicht unvertretbar, dass der Einzelrichter nicht über den Kopf der Parteien hinweg zu instruieren hätte, die Parteien, nicht das Gericht hätten zu bestimmen, was dem Gericht zur Entscheidung vorzulegen ist. Nach §§ 139, 279 soll aber das Gericht den Parteien aufklärungsbedürftige Punkte zur Parteierklärung aufgeben. Schliesslich ist oft der Tatbestand für die Parteien aufgeklärt, während er es für das Gericht noch lange nicht ist.

Der Einzelrichter hat zunächst die gütliche Beilegung des Rechtsstreites zu versuchen. Zu diesem Zwecke kann er nach § 296 das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen, da er ja als Prozessgericht anzusehen ist. Kommt ein Vergleich nicht zustande, so hat er für eine erschöpfende Erörterung des gesamten Sach- und Streitverhältnisses zu sorgen. Er hat demnach dieselben Rechte wie das Prozessgericht im Kollegium. Er kann den Parteien Fristen setzen nach § 279a zur Aufklärung streitiger Punkte und nach § 356 zur

[22]) Vgl. Leonhard, J. W. 24, S. 918; Volkmar J. W. 24. S. 358.
[23]) Wildhagen, D. J. Z., 24, S. 267; vgl. Sachse J. W. 24, S. 915.

Beseitigung von Hindernissen, die einer Beweiserhebung entgegenstehen. Das Prozessgericht ist aber an einen solchen Beschluss genau wie an den eigenen nicht gebunden.

Heilberg vertritt die Ansicht, dass, wenn der Anwalt zu dem ersten Instruktionstermin nicht erscheint, die ganze Sache ins Leere fällt, da es dann kein Zwangsmittel gäbe. Es ist zwar richtig, dass in diesem Falle ein Urteil nach Lage der Akten nicht ergehen kann, wohl aber kann er nach § 349, Ziffer 4 Versäumnisurteil oder Verweisungsbeschluss, Aufklärungsbeschluss und Beweisbeschluss erlassen. Auch das Ruhen des Verfahrens kann er anordnen, da diese Bestimmung im dritten Abschnitt des ersten Buches steht und diese Vorschriften auf die Verhandlung vor dem Einzelrichter Anwendung finden.[24]

Entscheidet der Einzelrichter nicht n.L.d.A., so bestimmt er nach § 251 a, Abs. 2 einen neuen Termin zur mündlichen Verhandlung oder ordnet das Ruhen des Verfahrens an. Der Einzelrichter hat demnach dieselben Befugnisse wie das Prozessgericht und kann jederzeit auf die Parteien einen Druck ausüben, rechtzeitig und vollständig den Streitstoff bereitzustellen.

Im Einverständnis beider Parteien kann der Einzelrichter über vermögensrechtliche Ansprüche an Stelle des Prozessgerichtes entscheiden und somit den Reststreit zu Ende führen. Nicht ganz verständlich ist es, dass dies im Berufungsrechtsgang nach § 523 a ausgeschlossen ist. Volkmar meint, die kollegiale Rechtssprechung sei für die Berufungsinstanz von erhöhter Bedeutung.[25] Es ist aber nicht einzusehen, dass man den Parteien, selbst wenn sie es nicht wollen, diese kollegiale Rechtsprechung aufzwingt.

Kann die Sache nun nicht vor dem Einzelrichter erledigt werden, so gibt er sie an das Prozessgericht ab. Dies tut er auch dann, wenn eine Entscheidung zu treffen ist, die er nicht fällen kann. Ein kluger Richter wird überhaupt immer, wenn er im Zweifel ist, ob gewisse Beweise erhoben werden sollen, die Entscheidung des Kollegiums herbeiführen. Das Kollegium wird dann Be-

[24] Heilberg, Juristische Wochenschrift 24, S. 447; vgl. auch Sachse J. W. 24, S. 916, Sydow-Busch, Komm. z. ZPO.

[25] Vgl. Volkmar, a. a. O.

weisbeschluss ergehen lassen und die Sache wieder dem Einzelrichter zurückgeben. Wenn das Kollegium beschliesst, es solle Beweis erheben werden, so wird er dadurch keineswegs beauftragter Richter, sondern ist und bleibt erkennendes Gericht. Jeder Einzelrichter wird bei schwierigen Fragen sich in kollegialer Weise mit dem Kollegium ins Benehmen setzen, um nicht unnötige Zeit zu vergeuden durch Beweiserhebungen etc., die vielleicht gar nicht nötig sind. Ein solches Verhalten eines Einzelrichters ist durchaus nicht gesetzwidrig, wie von Weiss behauptet wird. Ungesetzlich wäre es erst, wenn der Richter den Rat seiner Kollegen gegen seine eigene Ueberzeugung befolgen würde. Es handelt sich dabei ja nicht um eine private Unterhaltung unter Kollegen, sondern um das gegenseitige Verhalten von Mitgliedern eines und desselben Gerichtsorganes. Wohl hat der Richter seinen selbständigen Wirkungskreis, aber er hat ihn als Mitglied der Kammer, bei der der Rechtsstreit nach wie vor anhängig bleibt. Es ist dasselbe Gericht, das zunächst in einer Besetzung, dann in Dreierbesetzung seine Funktionen ausübt. Dadurch wird die richterliche Unabhängigkeit in keiner Weise gefährdet. Letztere verbietet ihm, sich bindende Befehle erteilen zu lassen.[26])

Der Einzelrichter schliesst in der Regel seine vorbereitende Tätigkeit mit dem Beschlusse ab, dass er die Sache nun dem Kollegium übergebe. Es erhebt sich nun die Frage, wer zur Entscheidung über die Beendigung der Tätigkeit des Einzelrichters zuständig ist. Diese Frage tritt als Rechtsfrage nur dann auf, wenn der Einzelrichter die kollegiale Fühlungnahme mit dem Vorsitzenden unterlässt. 1.) Der Einzelrichter betrachtet die vorbereitende Tätigkeit zur Verhandlung reif, während der Vorsitzende weitere Vorbereitungen für angebracht hält. Der Vorsitzende ist dann nicht befugt, dem Einzelrichter die weitere Vorbereitung zu befehlen. Es bleibt ihm dann nichts übrig, als einen Verhandlungstermin vor dem Prozessgericht anzuberaumen. Durch das Prozessgericht kann dann beschlossen werden, dass die Sache zur Entscheidung noch nicht reif ist und zwecks weiterer Vorbereitung dem Einzelrichter

[26]) Vgl. Wolf, Beiträge zur Erläuterung d. Deutsch. R. (Einzelrichter und Prozessgericht).

übertragen wird. 2.) Der Einzelrichter will seine vorbereitende Tätigkeit fortsetzen, während der Vorsitzende den Abschluss für angebracht hält. Hat dann der Vorsitzende das Recht, einen Termin vor dem Prozessgericht zu bestimmen? Eine bestimmte Antwort gibt es auf diese Frage nicht, weil das Gesetz darüber nichts sagt. Man kann sich auf den Standpunkt Wolf's stellen, der es verneint, da es ganz eindeutig im § 349, Abs. 2 Ziff. 3 heisst: „Ist die Sache zur Verhandlung vor dem Prozessgericht reif, so wird der Termin hierzu von amtswegen anberaumt." Ob die Sache reif sei, könne natürlich nur der Einzelrichter entscheiden. Gegen eine allzugrosse Bedenklichkeit sei kein Rechtsmittel gegeben. Es lässt sich aber auch die Ansicht des Heinsheimer vertreten, der diese Frage bejaht. Er führt aus, dass der Vorsitzende dieses Recht hat, weil er, der nach dem Gesetz den Termin zu bestimmen hat, mangels entgegenstehender Vorschrift die Voraussetzung dieser Terminsbestimmungen zu prüfen hat. Dass dem Einzelrichter ausschliesslich die Entscheidung darüber zustehe, sei ja auch im Gesetz nicht gesagt. Ein Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit sei nicht gegeben, weil ja der Vorsitzende dem Einzelrichter keinen Befehl über einen von ihn zu treffenden judiziellen Akt gebe. Bei der geplanten Zivilprozessreform wäre vielleicht dieser Fehler der Nov. dadurch zu beseitigen, dass die Terminsbestimmung des § 349 Abs. 2 dem Prozessgericht übertragen wird.[27])

Eine weitere Frage ist die, sollen die Parteien nicht einen Einfluss haben auf den Uebergang der Sache zum Prozessgericht, dadurch, dass sie berechtigt sein sollen, durch Antragstellung und Beschwerde die Abgabe der Sache an das Prozessgericht zu erzwingen? Das ist nach dem Stand der Gesetzgebung zu verneinen. Es stünde auch im Widerspruch mit der Tendenz der Nov. Letzten Endes ist ja die ganze Frage „Abgabe an das Prozessgericht" kein prozessualer Akt, sondern nur ein Internum des Gerichts. Bei der Gesamtrevision wäre es vielleicht zweckmässig, dass der Termin unter bestimmten Voraussetzungen auch auf Antrag der Parteien von dem Prozessgericht festzusetzen ist.[28])

[27]) Vgl. Kann: ZPO. S. 189; Heinsheimer J. W. 25, S. 696

[28]) Rosenberg, Hessische Rechtsprech., S. 121; vgl. Behrend J. W. 25, S. 729.

Starke Bedenken löst die von Baumbach vertretene Lehre von der Widerruflichkeit des Einzelrichters durch den Vorsitzenden aus. Er begründet diese damit, dass der Einzelrichter sein Amt nicht in erster Linie dem Gesetz, wie etwa das in § 36 bestimmte Gericht verdanke, sondern dem Ermessen des Vorsitzenden. Diese Auffassung steht zweifellos in Widerspruch mit dem Willen des Gesetzes. Das Gesetz will in erster Linie ein selbständiges Organ schaffen, nur ausnahmsweise soll dem Vorsitzenden das Recht zustehen, von der Bestellung eines Einzelrichters abzusehen. Baumbachs Standpunkt führt letzten Endes zu einer Bevormundung des Einzelrichters durch den Vorsitzenden. Der Vorsitzende müsste dann immer von Zeit zu Zeit sich die Akten durchsehen, um zu erkennen, ob die Sache verhandlungsreif und soweit gediehen ist, dass der Einzelrichter überflüssig ist. Die Wiederruflichkeit durch den Vorsitzenden ist keineswegs mit der Stellung des Einzelrichters, die ihm durch das Gesetz gegeben ist, in Einklang zu bringen. Richtig ist die Ansicht des Heinsheimer, dass der Einzelrichter in Funktion treten muss, falls nicht die besondere Sachlage eine Ausnahme rechtfertigt. Der Vorsitzende soll grundsätzlich von dem Verfahren vor dem Einzelrichter nicht absehen, wenn sich nicht aus den Akten zweifelsfrei ergibt, dass die Sache durch den Einzelrichter nicht gefördert werden kann.

Noch besonders erwähnt werden muss das Verhältnis der §§ 348 ff zu § 272 b. Tatsächlich ist die Bestimmung, rein äusserlich betrachtet, geeignet, Verwirrung hervorzurufen. Der Gesetzgeber hätte sie präziser fassen müssen. Immer wieder ist die Ansicht vertreten, das Verfahren vor dem Einzelrichter wäre überflüssig, § 272b genüge vollständig, die Hauptaufgabe des Einzelrichters wäre die Beweisaufnahme. Wenn diese nicht nötig wäre, erübrige sich das Verfahren vor dem Einzelrichter. Das stimmt nicht. Zweck der Vorschriften der §§ 348ff und 272b ist derselbe. Grundsätzlich will jedoch das Gesetz das Verfahren vor dem Einzelrichter und es ist sehr wohl begründet, dass die Mittel der Vorbereitung vor dem Einzelrichter ungleich vollkommener sind, als bei Anordnungen nach § 272b. § 272 b sieht Massnahmen vor, die

ohne Hören der Partei eintreten, sogar eintreten können, ohne dass die Parteien benachrichtigt werden. § 348 dagegen sieht eine Vorbereitung vor, bei der das Mündlichkeitsprinzip voll und ganz bewahrt ist, eine Vorbereitung, die sich nur durch die Besetzung des Gerichtes von der Schlussverhandlung unterscheidet. Dadurch wird zugleich eine viel engere Fühlung zwischen Richter und Partei ermöglicht, als in dem grösseren Kreis des Kollegiums. Gerade die Anwaltschaft sollte daher das Verfahren vor dem Einzelrichter begrüssen. Wohl kann im Einzelfalle § 272b genügen, eine Vorbereitung durch den Einzelrichter sich erübrigen, aber Sinn des Gesetzes ist grundsätzlich und regelmässig das Verfahren vor dem Einzelrichter. Der Vorsitzende kann zwar vor Ernennung des Einzelrichters Anordnungen nach § 272b treffen, wenn dies auch nicht gerade empfehlenswert ist. Aber sobald der Einzelrichter bestimmt ist, sind Massnahmen des Vorsitzenden oder des von ihm zu bestimmenden Mitglieds nicht mehr zulässig. Der Vorsitzende kann dann lediglich anregen, nicht anordnen. Der Einzelrichter kann § 272b anwenden sowohl zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung als auch bei Abschluss des Verfahrens vor ihm zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung vor dem Prozessgericht.[29]) Ein wesentlicher Unterschied zwischen den § § 348 ff. und 272b ergibt sich auch, wenn man von dem Zweck der angegebenen Vorschriften ausgeht. § 272b will schon vor der mündlichen Verhandlung alle zur Aufklärung dienlichen und die Erledigung des Rechtsstreites tunlichst in einem Termin ermöglichenden Anordnung getroffen wissen.

Die § § 348 ff bezwecken dagegen die Einsparung von Richtern. Die Ausübung der früher dem Kollegium zustehenden Funktionen sind durch die Novelle auf ein einzelnes Mitglied übergegangen. Diese Delegation liegt nicht auf verfahrensrechtlichem, sondern auf gerichtsverfassungsmässigem Gebiet. Es ergibt sich also daraus, dass auf den Einzelrichter alle Rechte und Pflichten des Kollegiums und des Vorsitzenden übergegangen sind, dass also auch der Einzelrichter 272b anwenden kann.

Das Verfahren vor dem Einzelrichter bietet zweifellos Anlass

[29]) Vgl. Volkmar, J. W. 25, S. 709; Leonhard, J. W. 24, S. 917.

zu vielen schwierigen Streitfragen. Es kommt dies daher, weil die §§ 348 ff. viel zu knapp gehalten sind. Viele Schwierigkeiten sind auch psychologischer Natur, wie Heinsheimer richtig sagt. Die Einführung des Verfahrens vor dem Einzelrichter berührt die Stellung des Vorsitzenden aufs empfindlichste. Die Prozessleitung wird ihm genommen, bis die Sache zur Schlussverhandlung reif ist, und in Hände gelegt, die bisher nicht zu verantwortungsvoller Initiative bestimmt waren. Dadurch werden Imponderabilien berührt, die hier nicht darzulegen sind.

Das Verfahren vor dem Einzelrichter ist seiner Idee nach zu begrüssen und wird viel dazu beitragen, den Prozess zu fördern, ohne dass die Entscheidung irgendwie beeinträchtigt wird. Wach meint zwar, durch das Verfahren vor dem Einzelrichter werde die Verhandlung vor dem Kollegialgericht zu einem Verfahren auf Grund Referats des Einzelrichters herabgewürdigt und es würde so weit kommen, dass das kollegialrichterliche Verfahren in erster Instanz dem einzelrichterlichen werde weichen müssen. Diese Bedenken dürften nicht ganz berechtigt sein. Der Einzelrichter wird vielmehr eine wirksame Stütze des Kollegialgerichtes darstellen und wirkt nicht zersetzend, sondern aufbauend.

Von den Anwälten wird vielfach befürchtet, dass soviele Termine wahrzunehmen seien, dass die Einzelrichter oft zu gleicher Zeit Termine abhalten müssen. Dem kann aber durch geeignete Massnahmen von Seiten des Präsidiums des Gerichts vorgebeugt werden. Der Einzelrichter ist nun vor eine dankbare Aufgabe gestellt. Er bekommt von Anfang an den ganzen Prozess in die Hand, kann nach der tatsächlichen und juristischen Seite den Streitgegenstand beleuchten und seinen Standpunkt den Parteien und Anwalt mitteilen. Dies war früher weniger möglich, weil der Vorsitzende des Kollegialgerichtes immer befürchten musste, seine anderen Kollegen würden anderer Ansicht sein.[30])

Das Verfahren vor dem Einzelrichter ist eine der wenigen glücklichen Neuerungen, die die Novelle gebracht hat.

[30]) Vgl. Orgler, J. W. 25, S. 730; Simon J. W. 24, S. 913; Volkmar a. a. O.

III. Abschnitt.

Vorbereitung der Termine und Abkürzung des Verfahrens.

I. § 6.

Gerichtliche Anordnung vor dem Termin.

Die Tendenz der VO. vom 13. 2. 24 geht in ihrer Gesamtheit darauf hinaus, die Gerichtsherrschaft so weitgehend auszugestalten, dass sie in jeder Lage des Prozesses eintreten kann. Diese Tendenz zeigt sich auch deutlich bei der Vorbereitung von Terminen und Abkürzung des Verfahrens.

Schon bei der Klagezustellung wird nach § 253, Abs. 3 der Beklagte zur unverzüglichen Beantwortung der Klage hingewiesen.

Sehr einschneidend wirkt der § 272 b. Diese Bestimmung galt schon bisher im § 501 für das A.-G. und ist bereits durch die Verordnung über die Beschleunigung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 23. 12. 23 auf das landgerichtliche Verfahren ausgedehnt worden. Die Nov. von 24 hat diese Bestimmung in § 272b dahin erweitert, dass der Vorsitzende oder ein von ihm zu bestimmendes Mitglied alle Anordnungen schon vor der mündlichen Verhandlung zu treffen hat, damit der Rechtsstreit tunlichst in einer mündlichen Verhandlung erledigt werden kann. Durch die Nov. 24 kommt dem § 272 b eine grundsätzlich grössere Bedeutung zu, als dem früheren § 501. Seine Bedeutung geht insofern über den konkreten Tatbestand hinaus, als durch ihn der Richter als Ziel der richterlichen Prozessleitung die endgültige Regelung des Rechtsstreites in einer mündlichen Verhandlung herbeiführen soll. Dadurch, dass die Parteiherrschaft über Termine und Fristen beseitigt wurde, war ein notwendiges Korrelat, die Verantwortung des Richters für den Prozesslauf zu erhöhen. Nach § 501 waren die Vorbereitungsmassnahmen nur ein Recht des Richters, nach § 272b ist der Richter zur Anordnung dieser Massnahmen verpflichtet. Viele sehen in § 272 b die Einführung einer neuen Prozessmaxime. Dies ist jedoch abzulehnen. Die Nov. selbst betrachtet es vielmehr als Regel, dass in einem Rechtsgang mehr als einmal verhandelt wird. Vor dem L.-G. soll zunächst vor dem Einzelrichter und sodann vor dem Kollegium, also zweimal verhandelt werden.

§ 272 b, Abs. 4 bestimmt, dass die Parteien von jeder Anordnung zu benachrichtigen sind. Es kann davon nur abgesehen werden, wenn es nach dem Ermessen des Richters für die Wahrnehmung der Rechte der Parteien nicht wesentlich ist, dass sie vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung von der Anordnung Kenntnis erhalten.

Diese Bestimmung des § 272 b, Abs. 4 ist nicht glücklich getroffen; denn es ist kaum auszudenken, dass Anordnungen des Gerichtes, die für den Prozess von Wichtigkeit sind, für die Wahrnehmung der Rechte der Parteien nicht wesentlich sind. Schliesslich ist diese Vorschrift letzten Endes nur geeignet, neuen Zündstoff zu Streit zwischen Parteien und Gericht zu liefern, was nicht Zweck der Novelle sein dürfte.

§ 272 b ist selten anwendbar. Er geht von dem Fall aus, der besonders in grossen und schwierigen Prozessen sehr selten ist, dass längere Zeit vor dem 1. Termin Schriftsätze ausgetauscht werden, die sehr sorgfältig zu allen Punkten Stellung nehmen und gute Beweisangebote bieten. Die in § 272 b, Ziff. 4 und 5 vor der eigentlichen mündlichen Verhandlung angeordnete antizipierte Beweisaufnahme wirkt nur verzögerlich und ist nicht im Sinne beider Parteien. Sie stellt überwiegend nur eine Teilbeweisaufnahme dar, zerstört die Einheitlichkeit der Beweisaufnahme, wodurch letzten Endes kein Zeitgewinn erzielt wird.

Die Vorschrift steht auch in krassem Gegensatz zu den Hauptprinzipien der ZPO., der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit. Sie kann sogar gegen das Prinzip des richterlichen Gehörs verstossen, wenn z. B. das Gericht Anordnungen treffen würde auf Grund von Tatsachen, die eine Partei vorgebracht hätte, ohne dass die andere Partei sich dazu geäussert hätte.

Wenn § 272 b tatsächlich Leben bekommen sollte, so müsste der Termin so kurz als möglich angesetzt werden. Es dürfte nicht der Fall sein, dass die Einlassungsfrist immer wieder hinausgeschoben wird. Die Forderung des 33. Juristentages in Heidelberg „Schriftsatzwechsel der Parteien in gesetzlich oder richterlich festzusetzenden Fristen" wäre gerechtfertigt. Wenn man diese Bestim-

mung des alten bayerischen Zivilprozessrechts wieder aufleben lassen würde, dann würde mehr Leben in unser Prozessverfahren kommen und der Beschleunigungstendenz wäre am besten gedient.[31])

II. § 7.

Ermöglichung schriftlicher Erklärungen auf nicht schriftlich vorbereitete neue Behauptungen.

Damit aber nun trotz des Geschilderten der Gegner geschützt ist, wenn er durch neues Vorbringen unvorbereitet überrascht wird, so bestimmt § 272a, dass das Gericht auf Antrag eine Frist bestimmen kann, innerhalb deren die Partei die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann. Das Gericht kann dann auch einen Termin anberaumen, der über eine Woche hinaus angesetzt werden kann. Diese Frist hat dann die Wirkung, dass die schriftliche Aeusserung bei der Entscheidung berücksichtigt wird, wenn sie eingehalten wurde. Wird jedoch der Schriftsatz bis zu dem Termin nicht eingereicht, so gilt die Behauptung des Gegners als nicht bestritten.

Durch die Novelle 24 ist der frühere Absatz 2 des § 272: „Tritt eine Vertagung der mündlichen Verhandlung ein, so kann das Gericht die Fristen bestimmen, binnen welcher die noch erforderlichen vorbereitenden Schriftsätze mitzuteilen sind" gestrichen und die erwähnte Vorschrift dafür eingestellt worden. Früher musste das Gericht also vertagen, wenn sich der Gegner auf eine ihm nicht zeitig mitgeteilte Behauptung nicht erklären konnte. Die behauptende Partei konnte daher einerseits durch nicht zeitige Mitteilung den Prozess verzögern, andererseits hatte das Gericht gegen den Gegner, der die vom Gericht festgesetzte Frist zur Erklärung mittels vorbereitenden Schriftsatzes nicht einhielt, nur die Handhabung, ihm nach § 278, Abs. 2 und 279 die Kosten wegen nachträglichen Vorbringens aufzuerlegen oder die Verteidigungsmittel zurückzuweisen. Nach dem neuen 272a kann die Vertagung der Verhandlung dadurch verhütet werden, dass, wenn bis zu dem bei der Fristsetzung festgesetzten Verkündungstermin ein die Erklärung

[31]) Vgl. Dispecker, J. W. 25, S. 691; Heinsheimer J. W. 25, S. 695. Vgl. v. Hodenberg, J. W. 24, S. 366.

nachbringender Schriftsatz nicht eingereicht wird, daraus gefolgert wird, dass die Behauptung als nicht bestritten gilt. Wenn bis zu dem Termin die Zustellung des Schriftsatzes nachgewiesen und eine Abschrift von ihm dem Gericht eingereicht ist, so ist sein Inhalt bei der Entscheidung zu berücksichtigen.

Die Bestimmung des § 272a kann viele Vertagungen verhüten. Nicht verständlich ist es, dass 272a nur einen bestimmten Fall herausgreift. Ganz unberücksichtigt lässt er die Fälle, in denen z. B. eine Aenderung des Klagantrags und eine neuerhobene Widerklage eine Stellungnahme des Gegners nötig macht, oder in denen das Gericht eine Erklärung über aufklärungsbedürftige Punkte oder die Vorlegung von Urkunden verlangt. Man wird wohl nicht fehlgehen, wenn diese Fälle auch nach 272a als zulässig angesehen werden, zumal dies im Interesse der Prozessbeschleunigung liegt.

Aber auch 272a lässt erkennen, wie schnell und ungenau die Nov. entstanden ist. Im § 272a heisst es, wird „bis zu dem Termin" die Zustellung des Schriftsatzes nachgewiesen, und eine Abschrift von ihm dem Gericht eingereicht, so ist sein Inhalt bei der Entscheidung zu berücksichtigen. Wie stellt sich der Gesetzgeber vor, dass das Gericht, wenn der Anwalt einige Minuten vor dem Verkündungstermine den Schriftsatz einreicht, den Inhalt dieses Schriftsatzes berücksichtigen muss, wenn das Urteil bereits beraten und fertiggestellt ist. Muss in diesem Falle die Sache nicht wieder vertagt werden, was neue Beratungen und neue Urteilsfertigung zur Folge hat. Diese Fassung ist ungenau. Es hätte eine Frist zur Einreichung des Schriftsatzes und Berücksichtigung seines Inhaltes vor dem Verhandlungstermin bestimmt werden müssen, z. B. eine Woche vor dem Termin.[32])

III. § 8.

Zwangsmittel zur rechtzeitigen Bereitstellung des Streitstoffes.

Die Bestimmung der §§ 272a und b haben nach der Auffassung des Gesetzgebers erst dann einen Sinn, wenn dem Gericht Zwangsmittel zur Verfügung stehen, vermöge deren es einen Druck auf die Parteien ausüben kann, ihren Prozesstoff rechtzeitig bereit

[32]) Vgl. Lehmann, J. W. 25, S. 699, Sydow-Busch, Anm. zu 272a.

zu stellen. Bisher war es doch so, dass die Parteien fast unbeschränkt immer und immer wieder neue Behauptungen und Einreden geltend machen konnten. Wohl bestand auch nach dem bisherigen Recht die Möglichkeit, verspätetes Vorbringen zurückzuweisen, aber dadurch, dass dieses von einem Antrag der Gegenpartei abhängig war, wurde in der Praxis wenig Gebrauch davon gemacht. Diesem Uebelstande des bisherigen Rechts sucht die Nov. im § 279 dadurch zu beseitigen:

1. dass sie das Antragsfordernis beseitigte,
2. dass die Zurückweisungsbefugnis des Gerichts sich nun auch auf Angriffsmittel, nicht nur auf Verteidigungsmittel, beschränkt.

Dadurch besteht die Möglichkeit, Prozessverschleppungen, die vom Kläger ausgehen, entgegen zu treten, während früher allein der Beklagte getroffen wurde. Denn im Prozess wechseln die Rollen, bald ist Kläger Beklagter, bald umgekehrt.

Mit Recht wird oft behauptet, dass § 279 die praktische Einführung der Eventualmaxime bedeute. Wenn auch von Volkmar angeführt wird, dass davon keine Rede sein könne, da § 279 erstens eine Kannvorschrift geblieben ist, zweitens nur auf die Fälle beschränkt ist, wenn der Prozess absichtlich oder grobfahrlässig verschleppt wird, so genügt doch allein die Möglichkeit, die das Gesetz dem Richter gibt, verspätetes Vorbringen zurückzuweisen. Es ist allerdings besser, dass die Nov. dank des schärfsten Widerstandes der Richter und Anwälte die Eventualmaxime nicht unbeschränkt eingeführt hat.

Bei der Beratung des 279 im Rechtsausschuss des Reichstages wurde seine Notwendigkeit damit begründet, dass die Befürchtungen, hierdurch könnten die berechtigten Interessen der Parteien nicht gewahrt werden, jeder Grundlage entbehren, da, soweit das neue Vorbringen erst nachträglich vorgebracht wird, oder durch eine neue Wendung des Prozesses erheblich geworden sei, eine Nachlässigkeit nicht vorliegen kann. Die Parteien würden also durch die Vorschrift in keiner Weise benachteiligt, dazu sei ja auch das Fragerecht des Richters in § 139 bedeutend erweitert worden.

Der Vorsitzende habe nach § 139 dahin zu wirken, dass die

Parteien über alle erheblichen Tatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen, insbesondere auch ungenügende Angaben der geltend gemachten Tatsachen ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. Er habe daher, soweit erfoderlich, das Sach- und Steitverhältnis mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite hin zu erörtern und Fragen zu stellen. § 139 stelle die Grundtendenz der Nov. dar, nämlich die Verstärkung der richterlichen Prozessleitungsbefugnis. Denn sonst wäre die Beschleunigung auf Kosten der Richtigkeit der Entscheidung gegangen. Da dies natürlich nicht gehe, müsste dem Gericht mehr als bisher die Verantwortung für das Verfahren aufgebürdet werden. Es müssten ihm daher Mittel in die Hand gegeben werden, um dieser Verantwortung Herr zu werden.[33])

Tatsächlich hat jedoch § 139 nichts Neues gebracht, denn auch früher ist jeder kluge Richter nach § 139 verfahren. Neu sind nur die Mittel, die dem Gericht zur Durchführung seiner Aufgabe gegeben wurden.

Bei der Begründung im Rechtsausschuss führte man die Autorität des Otto Bähr an, der schon im Jahre 1879 die Beseitigung der Eventualmaxime bedauerte und eine Verschlechterung des Prozesses befürchtete. Die bisherige Vorschrift des § 278 wäre nur geeignet gewesen, den zahlungsfaulen Schuldner in seiner Säumigkeit zu unterstützen.[34]

Die Gegner des Regierungsvorschlages, die Eventualmaxime wieder einzuführen, nahmen mit Recht energisch Stellung. Sie verschlossen sich dabei nicht der Forderung, dass unbedingt etwas zur Beschleunigung des Prozesses geschehen müsse. Der Regierungsvorschlag sei doch dabei völlig abwegig, denn Rechtssicherheit gehe über Prozessbeschleunigung. Schliesslich sei er ja auch nicht geeignet, der Prozessverschleppung Einhalt zu tun, da er einen Prozess im Prozess heraufbeschwöre. Mit einer geeigneten Kostenverteilung sei viel mehr zu erreichen. Nach längeren Debatten wurde § 278 in seiner bisherigen Form aufrecht erhalten und § 279 in seiner

[33]) Weiss in: Das neue Zivilprozessrecht, Volkmar a. a. O.
[34]) Vgl. Volkmar, J. W. 24, S. 355, Dispecker, J. W. 25, S. 694.

jetzigen Form abgeändert. Es können also nicht nur auf Antrag, wie bisher, sondern auch von Amts wegen Angriffs- und Verteidigungsmittel, nicht bloß wie bisher Verteidigungsmittel, zurückgewiesen werden, wenn durch deren Zulassung der Rechtsstreit verzögert würde. Diese Fassung ist nicht sehr glücklich getroffen. Sie stellt sowohl an Richter als auch an Anwalt sehr hohe Anforderungen. Der Richter muss zur Findung des wahren Rechts genau prüfen, ob die Voraussetzungen des § 279 vorliegen und muss sich davor hüten, von seiner „freien Ueberzeugung" allzu willkürlich Gebrauch zu machen. Der Anwalt muss sich mehr wie bisher bemühen, rechtzeitig und vollständig die Informationen einzuziehen und die Beweismittel bereitzustellen. Er wird gut daran tun, alles was ihm auch nicht gerade erheblich erscheint, im Schriftsatz anzuführen, da eine Versäumnis in der ersten Instanz sich als unheilbar erweisen kann.

Fast jede Partei hat zur Begründung eines Anspruches eine Mehrheit von Tatsachen. Es können sich darunter einzelne Tatsachen befinden, die eine Partei nicht zuerst im Interesse der anderen Parteien vorbringt. z. B. ein Käufer wird zur Geltendmachung seines Anspruches die Mängelrüge nicht damit begründen, dass er arglistiges Verschweigen des Gegners behauptet, solange er noch die Rechtsgültigkeit seiner Mängelrüge dartun kann. Dringt er nun mit letzterer Behauptung nicht durch, so ist es sehr zweifelhaft, ob das spätere Vorbringen der Arglist nicht zurückgewiesen wird, da er nach der Ueberzeugung des Gerichtes mit diesem Vorbringen den Prozess absichtlich oder grobfahrlässig verschleppen will. Dieser Dolus kann bei unserer Prozessökonomie immerhin leicht angenommen werden.

Untersuchungswert ist die Frage, ob neues Vorbringen infolge Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes unter § 279 fällt.

Zur Beantwortung der Frage ist zunächst festzustellen, was unter „Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes" zu verstehen ist. Man versteht darunter das Recht und die Pflicht des Richters im Zivilprozesse Klagen und Einreden, überhaupt das tatsächliche Vorbringen der Parteien aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten zu

würdigen und für begründet oder unbegründet zu erklären, als aus denen, die von den Parteien in Schriftsätzen und Vorträgen geltend gemacht worden sind. Diese Pflicht ergibt sich aus den beiden Grundsätzen: „Iura novit curia" und „da mihi facktum, dabo tibi ius". Das Gericht muss den von den Parteien vorgelegten Tatbestand unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt prüfen. Dabei bleibt es ganz gleichgültig, ob die Parteien denselben oder einen anderen oder gar keinen geltend gemacht haben. Nur wenn es sich um die Geltendmachung von Ansprüchen im Sinne des Prozessrechts handelt, ist das Gericht in der rechtlichen Beurteilung des Parteivorbringens eingeschränkt. Das ergibt sich notwendig aus § 308, Satz 1 ZPO., wonach das Gericht nicht befugt ist, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Wenn das Gericht befugt ist, aus einem Tatbestand eine rechtliche Schlussfolgerung zu ziehen, die von den Parteien nicht in Anspruch genommen oder angeführt wurde, so darf es auch den Parteien nicht verwehrt sein, das Gericht auf eine solche Möglichkeit der Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes in jeder Lage des Prozesses hinzuweisen. Aus den Ausführungen ergibt sich, dass die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes nicht unter § 279 fällt. ⟨Rosenberg in: Zeitschrift für Zivilprozess.⟩

Wie der Verfasser bereits angedeutet hat, liegt die ganze Gefahr des § 279 in der Bestimmung, dass die Zurückweisung erfolgen kann, wenn die Partei nach der freien Ueberzeugung des Gerichtes aus grober Fahrlässigkeit das Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht vorgebracht hat. Man muss dabei von einer psychologischen Betrachtung ausgehen. Ein Richter, der verärgert ist, kann oft die Ueberzeugung gewinnen, dass das Vorbringen grobfahrlässig vorgebracht ist. Und so kann oft die „freie Ueberzeugung" zu einer willkürlichen werden. Wenn auch in der Regel ein Richter dies nicht tun wird, so lässt doch das Gesetz diese Möglichkeit zu.

Aus dem Angeführten geht hervor, dass dem Richter nach dem Gesetz tatsächlich die Möglichkeit gegeben ist, den ganzen Prozesstoff in einer Weise selbstherrlich zu bestimmen, die mit der Verhandlungsmaxime in ihrer Bedeutung für die Gestaltung des

Urteils im schärfsten Widerspruch steht. Es kann sich ergeben, dass günstige Erklärungen einer Partei nicht geändert werden dürfen, weil diese Erklärungen oder Aenderungen als verspätetes Vorbringen zurückgewiesen werden, während umgekehrt das für eine Partei ungünstige Vorbringen für die weitere Verhandlung, insbesondere für das Urteil, unberücksichtigt bleiben muss.

Aus diesen Ausführungen geht hervor, wie grossen Schwierigkeiten der § 279 in der Praxis begegnet. Nur dann wird man 279 ohne Schaden anwenden können, wenn die Fälle ganz zweifellos liegen. Dagegen Fälle von nicht ganz offenbarer Verschleppungsabsicht oder grober Fahrlässigkeit erst durch Beweise und Verhandlung klären zu wollen, dürfte den Prozess mehr verzögern, als die Zurückweisung verspäteten Vorbringens. Wenn die Gerichte nicht dafür sorgen, dass sie nur auf offensichtliche Fälle von Verspätungen, Verschleppungsabsicht und grober Fahrlässigkeit die Praeklusivmassnahmen anwenden, droht die wertvolle Vor- und Mitarbeit der Anwälte, die zur Klärung des ganzen Streitstoffes dient, für den Richter verloren zu gehen. Dies würde eine grosse Gefahr für unsere Prozessökonomie und das Prozessystem bedeuten[35]).

Zusammenhangshalber sei § 283, Abs. 2 erwähnt, der bestimmt, dass für das nachträgliche Vorbringen von Beweismitteln und Beweiseinreden die Vorschriften des § 278, Abs. 2 und der §§ 279, 279a gelten. Da die Grundsätze des § 279 sich nun auf alle Beweismittel erstrecken, so wurden die Sonderbestimmungen der §§ 374 und 433 der ZPO. vor der Novelle gestrichen.

Wie § 279, so bezweckt auch der durch die Nov. neu eingeführte § 279a, die Parteien zu zwingen, den Prozesstoff rechtzeitig bereit zu stellen. Dieser bestimmt, dass eine nach Fristablauf abgegebene Erklärung auch ohne Antrag des Gegners unberücksichtigt bleibt, wenn die säumige Partei die Schuldlosigkeit ihres Ausbleibens nicht beweisen kann. Es braucht daher nicht einmal die Absicht oder grobe Fahrlässigkeit, den Prozess zu verschleppen, vorzuliegen.

[35]) Vgl. Heinsheimer, von Hodenberg, Sonnen, Friedrich Stein, Kann, a.a.O., Heilberg, J. W. 24, S. 443.

Die Anwendung des § 279a kann viel zur Beschleunigung des Prozesses beitragen.

Bei der Betrachtung des 279a ergibt sich jedoch folgende Streitfrage. Kann 279a als vorbereitende Anordnung gemäss 272b von dem Vorsitzenden oder dem von ihm zu bestimmenden Mitglied des Prozessgerichts angewandt werden oder nur vom Prozessgericht? Bei der Beantwortung dieser Frage gehen die Meinungen auseinander. Volkmar in Komm. S. 112; Lukas Richter in Komm. zu 279a; A. Abraham in KGB.1 1924, S. 106 f. vertreten die Ansicht, dass die Fristsetzung aus 279a als vorbereitende Anordnung des 272b erfolgen könne, während Kann. in Komm. Anm. 2 zu 279a; Goldschmidt Komm. zu § 139 und Anm. 2 zu 279a und Reinberger im „Recht" 1924 den entgegengesetzten Standpunkt vertreten. Reinberger und Goldschmidt setzen bei der Anwendung des 279a eine mündliche Verhandlung oder zu mindesten einen Verhandlungsersatz voraus, Kann dagegen stellt dieses Erfordernis nicht auf. Bei der Entscheidung der Streitfrage stellt sich der Verfasser auf den von Volkmar eingenommenen Standpunkt. An sich ist es Voraussetzung, dass die Fristsetzung vom Prozessgericht selbst auf Grund mündlicher Verhandlung erfolgen soll. Dabei ist es jedoch möglich, dass die Sondervorschriften der §§ 251a, 331a auch ausserhalb der mündlichen Verhandlung die Anwendung des 279a rechtfertigen, weil durch sie ja das Mündlichkeitsprinzip durchstossen ist. Auch der Einzelrichter kann 279a anwenden, weil er ja an Stelle des Prozessgerichts entscheidet. Mit dem Satze, dass „an sich" 279a einen Beschluss des Prozessgerichts auf Grund mündlicher Verhandlung voraussetzt, ist die Streitfrage nicht zu lösen.

Es ist vielmehr zu prüfen, inwieweit diese Voraussetzungen in Einzelbestimmungen übergangen werden. Es ist dabei klar, dass z. B. die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien, Augenscheineinnahme, Begutachtung durch Sachverständige als Anordnungen des Prozeßgerichts zunächst gedacht sind. Das Gesetz geht doch dabei auch davon aus, dass 272b gerade solche Massnahmen vorsieht, die sonst mündliche Verhandlung und Entschliessung des Prozessgerichts voraussetzen. Schon daraus geht hervor, dass 279a und seine Stellung im Rahmen des 272b nicht hinderlich ist.

Wenn der Gesetzgeber im § 272b, Abs. 2 das Wort „insbesondere" gebraucht, so will er damit nur feststellen, dass es sich hier um Aufzählung einiger Beispiele handelt, dass also nach 272b auch andere Massnahmen getroffen werden können, sofern sie nur ihren vorbereiteten Charakter bewahren. Es ist dabei aber ein Fehlschluss, wenn daraus gefolgert wird, der Richter könne somit nach § 272b über Absatz 2, Satz 4 hinaus Zeugen vernehmen, da ja dann nicht mehr von einer vorbereiteten Tätigkeit gesprochen werden könnte. 272b, Abs. 2 Nr. 4 und 5 hat die Möglichkeit, die Beweisaufnahme vorweg zu nehmen, so genau und einschränkend dargelegt, dass Massnahmen über die gestellten Grenzen nicht getroffen werden können. § 279a stellt lediglich eine Massnahme dar, die vorbereitenden Charakter trägt, die nicht eine vorweg zu nehmende Entscheidung darstellt. 279a stellt ja lediglich nur eine Umgestaltung des bisherigen 272, Abs. 2 dar und wollte durch die Praeklusivandrohung diese Vorschrift wirksamer gestalten.

Wenn behauptet wird, dass durch die Anwendung des 279a bereits über die Erheblichkeit einer Tatsache entschieden würde, so kann man dem nicht beipflichten, weil ja die Entscheidung darüber dem Prozessgericht zusteht, falls die Präklusivvorschrift zur Anwendung in Frage steht.

Man kann aber auch einwenden, dass ebenso wie 272b, Nr. 4 und 5 erschöpfend geregelt sei, auch dies die Nr. 1 des 272b sei.

Es ist aber dabei zu bedenken, dass es sich bei 272b, Abs. 2 Nr. 1 um eine reine Vorbereitung handelt, während Nr. 4 und 5 zur Vorwegnahme von Beweisen dient. Reinberger stützt sich bei der Begründung der von Volkmar entgegengesetzt aufgestellten Theorie auf die Sollvorschrift des 279a. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass, wenn 279a als vorbereitende Massnahme gemäss 272b angewandt wird, nicht das „Soll" des 279a, sondern das „Muss" des 272b gilt. Der Vorsitzender oder ein von ihm zu bestimmendes Mitglied hat immer die Pflicht, die eingehenden Schriftsätze dahin zu prüfen, ob sie Gegenstand vorbereitender Massnahmen sein können. Kommt er nun zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen des 279a vorliegen, so hat er bei der Entschlies-

sung über dessen Anwendung im Rahmen des 272b nur noch zu prüfen, ob sie ihm als vorbereitende Massnahme im Sinne des 272b geeignet erscheinen.

Abschliessend ist zu sagen, dass Reinberger bei der Begründung seiner Ansicht dem 272b eine grössere Tragweite gibt als Volkmar.[36])

Die Würdigung dieser Streitfrage ist deshalb wichtig, weil sie für die erfolgreiche Durchführung des 272b nach Ansicht Volkmars von ausschlaggebender Bedeutung ist.

Solche Streitfragen hätten vermieden werden können, wenn die Ausdrucksweise des Gesetzes genauer und präziser formuliert worden wäre. Durch solche Streitfragen wird die Anwendung des Gesetzes nur erschwert, die Rechtsunsicherheit immer grösser.

IV. § 9.

Sofortige Beweiserhebung.

Eine sehr begrüssenswerte Neuerung bringt § 357a. Er bestimmt, dass, wenn das Gericht eine Beweisherhebung beschliesst, die Aufnahme des Beweises, soweit dies tunlich ist, sofort erfolgen soll, insbesondere, dass Zeugen und Sachverständige, falls sie zur Stelle sind, oder ihre unverzügliche Bestellung möglich ist, sofort vernommen werden sollen. Diese Vorschrift, die nach dem § 509 der ZPO. vor der Novelle nur im A.-G.-Prozess Anwendung fand, gilt nun auch für den L.-G.-Prozess. Der Satz 2, wonach ein Eid im Regelfalle nur dann sofort abgenommen werden soll, wenn seine Zuschiebung und seine Annahme schon in vorbereitenden Schriftsätzen erklärt war, ist durch die Nov. neu hinzugefügt worden.

Dieses Prinzip der Unmittelbarkeit kann nicht oft genug betont werden. Die unmittelbaren Aussagen von Zeugen und Sachverständigen hinterlassen einen viel grösseren Eindruck, als die nüchterne Wiedergabe von Tatsachen und Ereignissen in Protokolle. Es ist aber zu befürchten, dass 357a, wenigstens bei grösseren

[36]) Vgl. Volkmar, a. a. O.

[37]) Vgl. Dispecker, J. W. 25, S. 692; Volkmar J. W. S. 347; Sydow-Busch: Komm. z. ZPO., Anm. zu § 357a; vgl. auch Jonas-Stein.

Gerichten, die sich nicht lange und intensiv mit einer Sache befassen können, ebenso wie der frühere 509 auf dem Papier stehen bleibt.[37])

Ein rein äusseres Zwangsmittel stellt § 278, Abs. 2 dar, wonach das Gericht bei Prozessverschleppung der obsiegenden Partei, welche nach freier richterlicher Ueberzeugung imstande war, das Angriffs- oder Verteidigungsmittel zeitiger geltend zu machen, die Prozesskosten ganz oder teilweise aufzuerlegen hat. Die bisherige Kannvorschrift ist durch die Nov. zu einer Mussvorschrift geworden.

IV. Abschnitt.

Versäumnisverfahren.

§ 10.

Entscheidung nach Lage der Akten.

Wie fast alle Bestimmungen der Nov. sich unter die Formel der Verstärkung der Gerichtsherrschaft bringen lassen, so ist dies auch der Fall bei der Regelung des Versäumnisverfahrens. Die Nov. gibt neben dem eigentlichen Versäumnisverfahren eine Möglichkeit, den Prozess fortzusetzen. § 331 a bestimmt, dass der Gegner beim Ausbleiben einer Partei im Termin zur mündlichen Verhandlung statt eines Versäumnisurteils eine Entscheidung nach Lage der Akten beantragen kann.

Diese Bestimmung soll die Nachteile beseitigen, die sich herausstellen, dadurch, dass 1.) das Gericht im Versäumnisurteil das Ergebnis der bisherigen Verhandlung übersehen muss, 2.) dass durch Einspruch die Säumigkeit beseitigt werden kann, was zu Prozessverschleppungen führte. § 251 a lässt schon, wie bereits angeführt, eine Entsch. n. L. d. A. von Amtswegen zu, wenn die erschienene Partei keine Anträge zur Sache stellt. Der Unterschied zwischen 251 a und 331 a besteht darin, dass in ersterem Fall die Entscheidung nach Lage der Akten im freien Ermessen des Gerichtes liegt, während in 331 a die erschienene Partei ein Recht darauf hat, dass seinem Antrage auf Entsch. n. L. d. A. entsprochen wird, wenn der Sachverhalt für eine derartige Entscheidung hinreichend geklärt erscheint.

Die Entscheidungreife ist also wesentliches Tatbestandsmerkmal des 331 a. Darunter ist aber nicht zu verstehen, dass in den Fällen

des 251a eine Entscheidung n. L. d. A. ohne Entscheidungsreife getroffen werden kann, sondern dass in den anderen Fällen nach dem Ermessen des Gerichtes auch aus anderen Gründen trotz Entscheidungsreife die Entsch. n. L. d. A. verweigert werden kann. 331a legt dem Gericht die Pflicht der Entsch. n. L. d. A. auf, wenn 1.) ein Antrag vorliegt, 2.) die Entscheidungsreife gegeben ist.

Es erhebt sich die Frage, welcher Art die Entsch. n. L. d. A. sein kann, ein Urteil- oder Beweisbeschluss? Breit und Schefold vertreten die Ansicht, dass die Entsch. n. L. d. A. nur ein Urteil sein könne.[38]) Dem ist nicht beizupflichten. Das Gericht kann vielmehr entweder abschliessend ein Urteil erlassen oder Beweisbeschluss, Aufklärungsbeschluss nach 279a und Verweisungsbeschluss nach 276. Diese Auffassung wird auch von Volkmar, Delius und Kann vertreten. Diese Beweisbeschlüsse brauchen nicht erst nach Ablauf einer Woche verkündet zu werden, sondern können vielmehr sofort verkündet werden. Wird jedoch die Verkündung verschoben, so ist der Verkündungstermin weder der erschienenen Partei bekannt zu geben, noch hat eine Verkündung auf deren Antrag zu erfolgen. Dies ergibt sich durch arg. e. contrario aus 251a, Satz 2 bis 4, der sich nur auf zu verkündende Urteile bezieht. Ebenso ergibt sich daraus, dass Beweisbeschlüsse ohne mündliche Verhandlung ergehen können.[39]) Untersuchungswert ist die Frage, ob die erschienene Partei beantragen kann, nach ihrem Antrag zu entscheiden, und zwar zunächst durch Ensch. n. L. d. A. und erst in zweiter Linie durch Versäumnisurteil, z. B. wenn die Sache noch nicht entscheidungsreif ist oder die Sache für den erschienenen Gegner schlecht steht. Das Gesetz lässt nach dem genauen Wortlaut diese alternative Antragstellung nicht zu. Das R.G. hat jedoch inzwischen die alternative Antragstellung befürwortet. Die Alternative zweier auf völlig verschiedener Grundlage sich stützenden Urteile, die in ein und derselben Lage des Verfahrens zu verschiedenen Ergeb-

[38]) Schefold, Deutsche Jur.-Ztg. 24.

[39]) Vgl. Volkmar, J. W. 24, S. 346; Delius im „Recht" 24, S. 98, Kann J. W. 24, S. 384.

[40]) Kann, J. W. 24, S. 385; Breit J. W. 24, S. 378; E. R. G. 2, D. J. Z. 24, S. 828.

nissen führen können, ist nicht geeignet, das Rechtsbewusstsein zu stärken.[40])

Im Uebrigen gelten für die Anwendung des 331a die Vorschriften des 251a, Abs. 1, Satz 1–4 entsprechend. Im Hinblick auf 331a ist 336, Abs. 2 neu eingefügt worden. Die Ablehnung eines Antrags auf Entsch. n. L. d. A. ist unanfechtbar. Letztere Bestimmung beseitigt vollkommen die Einwirkung der erschienenen Partei über den gestellten Antrag. Die Partei kann nach Ablehnung des Antrags lediglich Erlassung des Versäumnisurteils beantragen. Stellt sie jedoch diesen Antrag nicht, so ist nach 251a entweder das Ruhen des Verfahrens anzuordnen oder ein neuer Verhandlungstermin anzuberaumen. Bei letzterem können dann die Massnahmen des 272b und 279a angewandt werden.

§ 335 ist hier zusammenhangshalber zu nennen, nachdem das frühere Recht der erschienenen Partei, Vertagung und Anberaumung eines Termins zu verlangen, nun beseitigt und dem Gericht zugefallen ist.

Ein sehr wirksames Mittel zum Kampfe gegen die Prozessverschleppung ist dem Gerichte im § 708 gegeben, der bestimmt, dass im Gegensatz zu früher, sämtliche Versäumnisurteile auch ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind. Dadurch wird verhindert, dass der Antrag auf Entscheidung n. L. d. A. nicht zu oft gestellt wird. Die Partei, bei der irgendwie Aussicht besteht, im Versäumnisverfahren einen Titel zu bekommen oder das Streitverfahren zu beendigen, wird sich auf die Gefahren und auf den Zeitverlust einer streitigen Entscheidung nur schwer zu einer E. n. L. d. A. entschliessen können.

Bei der Würdigung der Neuregelung des Versäumnisverfahrens durch die Einführung des 331a verweist Verfasser auf die Ausführungen des 251a. Es genügt hier vor allem die Ausführungen Wachs anzuführen, der sagte: „Im Schriftsatz hat sich der gemeinrechtliche Prozess verblutet, es ist Erstarrung und Verunstaltung der Unnatur. Die Mündlichkeit ist das Leben, die Beweglichkeit die Anpassungsfähigkeit, die Wahrheit."

[40]) Kann, J. W. 24, S. 385; Breit J. W. 24, S. 378; E. R. G. 2. DJZ. 24, S. 828.

In der Praxis ist 331a weniger gefährlich als 251a, denn hier wird dem Willen beider Parteien Rechnung getragen. Die erschienene Partei kann prüfen, ob sie Versäumnisurteil oder Entsch. n. L. d. A. beantragen will. Zu eins von beiden muss sie sich entschliesssen, da sonst der Fall des 251a eintritt.

V. Abschnitt.
Berufungsverfahren.
I. § 11.
Die Berufungsfrist.

Ein heiss umstrittenes Gebiet der Nov. bildet das Berufungsverfahren. Im Interesse der Beschleunigung des Prozesses sollten hier einschneidende Massnahmen getroffen werden.

Eingeleitet werden die neuen Bestimmungen mit dem schwerverständlichen 511a: In Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche ist die Zulässigkeit der Berufung durch einen Wert des Beschwerdegegenstandes bedingt, der den vom Reichsminister der Justiz nach Anhörung eines Ausschusses des Reichstags mit Zustimmung des Reichsrats festzusetzenden Betrag übersteigt. Die Bestimmung wurde damit begründet, dass, da die Währungsreform noch nicht durchgeführt sei, und die Preise noch grossen Schwankungen unterworfen seien, es unmöglich sei, eine für lange Zeit geltende Summe aufzustellen. Diese Begründung ist nicht stichhaltig. Warum erscheint es dann nicht bedenklich, dass die Gerichte angewiesen sind, auf feste Geldbeträge zu erkennen?[41] Es ist vielmehr richtig, dass 511a der Verzögerung des Prozesses Vorschub leistet. Wenn auch bis jetzt die Befürchtung Heilbergs noch nicht eingetreten ist, dass man sich den Kopf zerbrechen müsse, wann das Rechtsmittel einzulegen ist, (wenn ich es heute einlege, ist dann noch das Rechtsmittel zulässig, warte ich noch acht Tage, da wird es zulässig sein, wenn der Minister es wieder ändert) so ist doch theoretisch dieser Fall denkbar.[42]

Eine sehr wesentliche Änderung bringt § 516 durch Einführung einer neuen Berufungsfrist. Die Berufungsfrist beträgt einen Monat.

[41] Curtius, J. W. 24, S. 360.
[42] Heilberg, J. W. 24, S. 449.

Sie ist eine Notfrist und beginnt mit der Zustellung des Urteils, spätestens aber mit dem Ablauf von 5 Monaten nach der Verkündung. Früher war die Sache so, dass der Beginn der Berufungsfrist von einer Handlung der Partei, von der Urteilszustellung, abhängig war. Wenn nun die Partei das Urteil nicht zustellte, so konnte sie die Entscheidung darüber, ob ein Urteil angefochten werden sollte, oder nicht, ganz nach Belieben hinausschieben. Der § 516 sollte nun die Besserung bringen, dadurch, dass er eine von der Verkündung des Urteils beginnende Frist einsetzte, nach deren Ablauf die Berufungsfrist auch dann einsetzt, wenn das Urteil noch gar nicht zugestellt ist. Diese Frist ist auf 5 Monate festgesetzt.

Wie bei der Berufung, so ist auch für die Revision nach 552 die gleiche Frist von 5 Monaten nach Verkündung des Urteils eingesetzt, sodass alle Urteile, die nicht angefochten werden, innerhalb 6 Monaten nach Verkündung des Urteils rechtskräftig werden.

Es gibt nun also zwei Zeitpunkte, an denen die Berufungsfrist beginnt.

1.) Die Berufungsfrist beginnt mit der Zustellung des Urteils. Da es nach 317 zulässig ist, dass die Ausfertigung der Urteile, sofern nicht von der Partei ein anderes beantragt wird unter Weglassung des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe erfolgt und die Zustellung eines solchen Urteils den Wirkungen der Zustellung eines vollständigen Urteils gleichsteht, so beginnt auch mit diesem Urteil die Berufungsfrist mit der Zustellung, da 516 nichts anderes bestimmt.

2.) Die Berufungfrist beginnt mit der Verkündung des Urteils. Sie läuft in diesem Falle sechs Monate nach der Urteilsverkündung ab. Wenn das Urteil also nur verkündet und nicht zugestellt ist, so läuft die Frist nach sechs Monaten, ist es zugestellt, dann nach einen Monat ab. Breit begrüsst die jetzige Regelung des 516 indem er anführt, dass es besser ist, wenn der Anwalt sofort nach Verkündung des Urteils Berufung einlegen könne. Die Vorschrift des 516, Abs. 2 der ZPO. vor der Nov., die Einlegung der Berufung vor Zustellung des Urteils sei wirkungslos, hätte lange genug ihre unberechtigte und schädliche Existenz gefristet. Dagegen hält

Breit die Frist von sechs Monaten nach Verkündung des Urteils für zu kurz. Dies bedeute eine Verschlechterung gegenüber dem bisherigen Rechtszustande. Wenn z. B. die Parteien nach Verkündung des Urteils in Vergleichsverhandlungen treten wollen, die voraussichtlich längere Zeit in Anspruch nehmen, so stünden ihnen nur sechs Monate zur Verfügung. Da die Berufungsfrist eine Notfrist nach 516 sei, könne die Frist auch nicht nach 251 wegen Schwebens von Vergleichsverhandlungen verlängert werden.[43])

Diese Bedenken erscheinen nicht zu gefährlich, da man sich innerhalb sechs Monate doch ein Bild machen kann, ob und wie ein Vergleich zustande kommt. Richtiger dürfte die Auffassung des Heilberg sein, der davor warnt, vor Zustellung des Urteils Berufung einzulegen. Er weist mit Recht auf die Gefahren hin, die durch die neu eingeführte durch die Einlegung der Berufung in Lauf gesetzte Berufungsbegründungsfrist entstehen können. Er macht bei der Begründung auf den in der Praxis leicht eintretenden Fall aufmerksam, dass es vorkommen könne, dass, wenn vor Zustellung des Urteils Berufung eingelegt wird, die einmonatige Berufungsbegründungsfrist zu einer Zeit ablaufe, wo das Urteil noch nicht einmal ausgefertigt ist.[44]) Selbst wenn nicht gerade dieser Fall eintritt, kann doch die Zeit für die Begründung der Berufung sehr kurz sein. Die Neuregelung bürgt insoweit eine grosse Gefahr in sich, als Berufung eingelegt werden muss, bevor überhaupt die Gründe bekannt sind.

Die Einführung der Berufungsfrist kann viel zur Beschleunigung des Prozessverfahrens beitragen.

II. § 12.

Zurückweisung neuen Vorbringens.

Sehr gefährlich erscheint dem Verfasser die Einführung des § 529, Abs. 1. Er stellt eine Beschränkung für das Vorbringen neuer Beweismittel dar, indem er bestimmt, dass neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, sowie Beweismittel und Beweiseinreden, die in erster Instanz nicht geltend gemacht worden sind, zurück-

[43]) Breit, J. W. 24, S. 370.
[44]) Heilberg, J. W. 24, S. 450.

gewiesen werden können, wenn durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und nach der freien Ueberzeugung des Gerichts die Partei in der Absicht, den Prozess zu verschleppen oder aus grober Fahrlässigkeit, sie nicht früher vorgebracht hat. Bisher war das verspätete Vorbringen in der Berufungsinstanz nach dem Zeitpunkt des Vorbringens in dieser Instanz zu beurteilen. Jetzt kann die Zurückweisung eintreten.

1.) Wenn das Vorbringen in erster Instanz unter Anwendung der oben erwähnten für die erste Instanz geltenden Vorschriften bereits zurückgewiesen ist.

2.) Wenn es in der ersten Instanz hätte geltend gemacht werden können.

3. Wenn es zwar nicht in der ersten Instanz, wohl aber bereits in der Berufungsbegründungsschrift hätte mitgeteilt werden können, aber erst in einem späteren Schriftsatz mitgeteilt wurde.

Voraussetzung für diese Fälle ist aber 1.) dass die verspätete Geltendmachung in der Absicht der Prozessverschleppung oder aus grober Fahrlässigkeit erfolgte, und 2.) die Zulassung die Erledigung des Rechtsstreites verzögert würde.

Die Regelung war verständlicher Weise Gegenstand lebhafter Erörterungen. Es ist daher interessant, die Verhandlungen des Rechtsausschuss des Reichstages näher kennen zu lernen. Bei der Begründung des Vorschlags seitens der Regierung wurde angeführt, die Verschleppung der Prozesse, die schon in erster Instanz gross genug sei, sei durch das den Parteien zustehende Recht des sog. beneficium novorum noch mehr zu befürchten. Die erste Instanz würde oft nur versuchsweise dazu benutzt, während erst in der Berufungsinstanz erschöpfend und von der ersten Instanz tatsächlich abweichend verhandelt werde. Diese Uebelstände seien in einer Zeit, wo grösste Sparsamkeit am Platze wäre, unhaltbar. Wenn in der Berufungsinstanz das beneficium novorum nicht beseitigt würde, so würde infolge der für die erste Instanz vorgesehenen Einschränkung des Nachbringens von Angriffs- und Verteidigungsmittel der Schwerpunkt in die zweite Instanz verlegt. Das Ziel der Reform, eine lebensvolle erste Instanz zu schaffen, die durch

scharfe Konzentration diese voll ausschöpft, wäre verfehlt. Durch die Annahme des Regierungsvorschlages würde die Berufung wieder das werden, was sie im deutsch-rechtlichen Prozesse war und auch gegenwärtig im österreichischen Prozesse ist.[45])

Mit Recht wurden schon im Rechtsausschuss die Regierungsvorschläge bekämpft. Es wurde ausgeführt, dass, wenn und solange ein Berufsverfahren bestünde, der ganze Prozess in der Berufungsinstanz aufgerollt werden müsse. Die Regierungsregelung entwürdige das Berufungsgericht. Die Bedeutung der österreichischen Vorschriften würde stark übertrieben. Es müsse unbedingt der Sieg des materiellen Rechts gefordert werden. Das Reichsjustizministerium bedenke nicht, dass seine Regelung auf eine Bestrafung des Mündels für Versäumnisse seines Vormundes, des Unternehmers für Nachlässigkeiten des Prokuristen hinausgehe.

Nach diesen Debatten wurde von der Mehrheit des Rechtsausschusses der jetzige § 529, Abs. 1–3 angenommen. Auch die zweite Lesung, in der darauf hingewiesen wurde, dass die Verwandlung der Kannvorschrift in eine Mussvorschrift und die Einführung des § 534, Abs. 2, wonach das Berufungsgericht das Urteil der ersten Instanz auf Antrag für vorläufig vollstreckbar erklären könne, genügen und daher diese Regelung, deren Folgen unübersehbar seien und katastrophal sein könnten, überflüssig sei, vermochte die jetzige Regelung nicht umzustossen.

Schwer sind die Bedenken, die gegen die Regelung des Berufungsverfahren in § 529 sprechen. Es besteht die Gefahr, dass in der Berufungsinstanz nicht auf Grund eines tatsächlich vorhandenen Tatbestands, sondern eines fingierten Tatbestands entschieden wird. Zweck der Berufung ist doch die Verhandlung des ganzen Tatbestands in rechtlicher und tatsächlicher Beziehung. Andernfalls könnte man von einer Berufung überhaupt nicht mehr sprechen. Der höchste Zweck der Rechtspflege, die wirkliche Wahrheit zu erforschen und zu ergründen, um dadurch den wirtschaftlichen und persönlichen Interessen zu dienen, wird durch eine Beschleunigung vereitelt, die nicht dazu dient, Mittel zum Zweck zu sein, sondern

[45]) Curtius, J. W. 24, S. 357.

Selbstzweck. Im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsansehens ist zu hoffen, dass von dieser Bestimmung nur wenig und in ganz klaren Fällen Gebrauch gemacht wird. Dieselben Befürchtungen, die vom Verfasser schon bei der Würdigung des 279 dargelegt wurden, gelten hier noch in erhöhtem Masse.[46])

Berechtigt ist § 97, Abs. 2, nach dem die Kosten der Berufungsinstanz der obsiegenden Partei ganz oder teilweise aufzuerlegen sind, wenn sie auf Grund neuen Vorbringens obsiegt, welches sie nach freiem Ermessen des Gerichtes in erster Instanz geltend zu machen imstande war oder mit dem sie in erster Instanz nach den §§ 279, 278 und 283, Abs. 2 zurückgewiesen worden ist.

Im Zusammenhang ist noch 534, Abs. 2 zu erwähnen, dass das nicht unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil der ersten Instanz auf Antrag in der Berufungsinstanz für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist, wenn das Vorbringen des Berufungsklägers nach der freien Ueberzeugung des Gerichts darauf beruhte, absichtlich oder grobfahrlässig den Prozess zu verzögern.

Der Verfasser steht auf dem Standpunkt, dass letztere zwei Bestimmungen genügt hätten, um die Parteien zu zwingen, den Prozesstoff rechtzeitig bereitzustellen. Es wäre dann sowohl der Beschleunigungstendenz als auch der Erhaltung der Rechtssicherheit geholfen gewesen.

III. § 13.

Berufungsbegründungszwang.

Neu ist der Berufungsbegründungszwang. Er will der Beschleunigung des Verfahrens dienen, dadurch, dass der ganze Prozesstoff konzentriert wird. Die Berufungsbegründungsfrist beträgt in der Regel einen Monat, kann aber auf Antrag von dem Vorsitzenden verlängert werden. Die Berufungsbegründung erfolgt, wenn sie nicht bereits in der Berufungsfrist enthalten ist, durch Einreichung eines Schriftsatzes. (519, Abs. 2, Satz 1). Verlängert wird die Frist in der Regel bei Nichtvorliegen des angefochtenen Urteils

[46]) Vgl. v. Hodenberg, J. W. 24; Wolf: Beiträge zur Erläuterung d. Deutsch. Rechts, S. 448; Curtius J. W. 24, S. 360; Heilberg J. W. 24, S. 363 und 448; Breit J. W. 24, S. 372; Lobe D. J. Z. 24. S. 160 u. 162; Volkmar J. W. 24, S. 348.

mit Gründen, wenn die Akten nicht beiliegen, bei weiter Entfernung des Wohnsitzes der Partei etc. Wenn es im Gesetz heisst, „durch Einreichung eines Schriftsatzes", so ist darunter nicht zu verstehen, dass die Begründung nur in „einem" Schriftsatz möglich ist, sondern es können auch mehrere nacheinanderfolgende Schriftsätze sein.[47])

Die Verlängerung der Frist ist selbst dann noch möglich, wenn der Antrag vor ihrem Ablauf gestellt ist, aber darüber nach Ablauf erst entschieden wird.[48]) Nicht ganz begründet ist es, dass es gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist kein Rechtsmittel gibt, es müsste denn sein, dass die „Wiedereinsetzung" in den vorigen Stand nach § 233 beantragt werden könnte, wenn z. B. die Partei durch Natureignisse oder andere unabwendbare Zufälle die Frist nicht hätte einhalten können. Eine kurze Frist zur Einlegung des Rechtsmittels würde wenig dem Fortgang des Prozesses hinderlich gewesen sein.

Die Berufungsbegründungsfrist beginnt, wie bereits erwähnt, mit der Einreichung der Berufungsschrift. Es wäre besser gewesen, wenn sie erst mit Ablauf der Berufungsfrist in Lauf gesetzt worden wäre. Jedoch ist die jetzige Lösung immer noch das bessere Uebel im Gegensatz zu der Frist der Regierungsvorlage, die eine Frist von zwei Wochen vorsah. Die jetzige Lösung führt dazu, dass das Rechtsmittel im letzten Moment eingelegt wird, um Zeit für die Begründung zu gewinnen.

Wie ist es nun, wenn beide Parteien Berufung einlegen, läuft dann für jede Berufung eine eigene Berufungsfrist? Nach dem Gesetz ist dies zu bejahen. Nicht richtig sind die Folgerungen, die Breit daraus zieht. Er führt aus, dass diese Regelung eine derartige Verwirrung hervorzurufen geeignet sei, dass sie für eine Doktordissertation geeignet sei. Als Beispiel führt er an: Beklagter ist bei einem Streitwert von Mk. 5000.— in der ersten Instanz zur Zahlung von Mk. 1000.— verurteilt worden. Der Kläger legt gegen dieses Urteil Berufung ein. In der Berufungsinstanz wird

[47]) Vgl. Breit J. W. 24, S. 935; Brüll J. W. 24, S. 1221.
[48]) Breit J. W. 24, S. 933; R. G. E. 106, S. 264.

Beklagter zur Zahlung des ganzen Streitwertes von Mk. 5000.— verurteilt. Später, wenn über die Berufung des Beklagten in derselben Sache entschieden wird, wird die Klage auch insoweit abgewiesen, als Beklagter in der ersten Instanz zu Mk. 1000.— verurteilt worden ist.[49]

Diese Eventualität kann nicht eintreten, da 318 bestimmt, dass das Gericht an die Entscheidung gebunden ist, welche in dem von ihm erlassenen End- oder Zwischenurteil enthalten ist. Auf die erste Berufung des Klägers hin, in der Beklagter zur Zahlung von Mk. 5000.— verurteilt worden ist, kann das Gericht nicht mehr über die Mk. 1000.— urteilen, wenn später Beklagter Berufung einlegt. Ausserdem steht dem die Einrede der Rechtskraft entgegen.

Ein zweischneidiges Schwert stellt der Inhalt der Berufsbegründung dar. Sie muss enthalten:

1. Die Erklärung, inwieweit das Urteil angefochten wird und welche Abänderungen des Urteils beantragt werden ‹Berufungsanträge›.
2. Die Angabe der neuen Tatsachen, Beweismittel und Beweiseinreden, welche die Partei geltend zu machen beabsichtigt.

Die Berufungsbegründung muss also die Anführung von Tatsachen, Beweismittel und Beweiseinreden enthalten. Bei verspätetem Vorbringen hat das Gericht nach 529 ein Zurückweisungsrecht, wenn das verspätete Vorbringen auf der Absicht der Prozessverschleppung oder auf grober Fahrlässigkeit beruht. Es besteht nun der Zweifel, ob das Gericht nur dann das Recht hat, verspätetes Vorbringen zurückzuweisen, wenn die Zulassung den Rechtsstreit verzögern würde und auf grober Fahrlässigkeit beruht oder ob in jedem Falle verspätetes Vorbringen zurückzuweisen ist. Breit vertritt die erstere Ansicht, die wohl die richtige sein dürfte.[50]

Wie ist es nun, wenn eine Partei in der Berufungsbegründung keine neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen kann. Ist dann nach 519, Abs. 3 die Berufung wegen Unzulässigkeit zu verwerfen oder genügt die Stellung des Berufungsantrags zur Berufungsbegründ-

[49] Breit, J. W. 24, S. 374.
[50] Breit, a. a. O.

ung? Das R. G. hat zu dieser Frage Stellung genommen und in den Beschlüssen des 5. Ziv. Sen. vom 5. November 1924 und des 1. Ziv. Sen. vom 4. Oktober 1924 entschieden, dass zur Berufungsbegründung die Stellung der Berufungsanträge genügen. Es besteht aber für die Partei die Gefahr, dass, wenn die neuen Tatsachen in der Berufungsbegründung nicht vorgebracht werden, sie dann bei späterem Vorbringen nach 529 zurückgewiesen werden.

Das Recht und die Pflicht des Vorsitzenden nach 519, Abs. 6, dass er keinen Verhandlungstermin ansetzen darf, bevor nicht die Prozessgebühr bezahlt ist, steht in krassem Gegensatz zu den Bestrebungen des Gesetzgebers, den Prozess zu beschleunigen. Eine derartige Bestimmung war vielleicht in der Inflation gerechtfertigt, aber heute, wo man doch davon nicht mehr reden kann, wirkt diese Vorschrift nur verzögernd. Es wäre besser, dass sofort nach Eingang des Berufungsschriftsatzes der Verhandlungstermin bestimmt würde. Dieser müsste aber soweit hinausgelegt werden, dass dazwischen noch die Frist des Nachweises der bezahlten Gebühren und der Berufungsbegründung liegt.[51])

Eine bedeutende Neuerung trifft 519b. Das Berufungsgericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob die Berufung an sich statthaft und ob die Einlegung und Begründung in der gesetzlichen Form erfolgt ist. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Die Entscheidung darüber kann ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss erfolgen. Sie unterliegt in diesem Falle der sofortigen Beschwerde, sofern gegen ein Urteil gleichen Inhalts Revision zulässig wäre. Diese Bestimmung ist an Stelle des § 535 vor der Novelle gesetzt worden, nach dem die Prüfung stets auf Grund mündlicher Verhandlung zu erfolgen hatte und bei Unzulässigkeit der Berufung die Verwerfung stets durch Urteil auszusprechen war.

Das Berufungsgericht hat zunächst zu prüfen, ob die Entscheidung über die Zulässigkeit der Berufung ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss erfolgen soll. Wenn Breit die Auffassung vertritt, das Berufungsgericht könne auf Grund der angestellten

[51]) Dispecker, J. W. 24, S, 692.

Prüfung eine besondere mündliche Verhandlung über die Zulässigkeit der Berufung anordnen, und es würde dies immer dann tun, wenn die Zulässigkeitsfrage zu Bedenken Anlass gebe, und wenn er meint, dass nach einer solchen mündlichen Verhandlung ein Beschluss ergehen könne,[52] so steht diese Auffassung in Widerspruch mit dem Wortlaut des 519b, Abs. 2. Eine solche mündliche Verhandlung ist mündliche Verhandlung über die Berufung selbst, die daher stets durch Urteil zu enden hat.[53]

Die Beratung über die Zulässigkeit der Berufung muss auf alle Fälle abgeschlossen sein, da nach 520 der Termin nur bestimmt werden kann, wenn die Berufung nicht durch Beschluss als unzulässig verworfen wird. Die Beratung kann drei verschiedene Arten umfassen:

1.) Der Beschluss ausserhalb der mündlichen Verhandlung nicht über die Zulässigkeit zu entscheiden.
2.) Der Beschluss, die Berufung für zulässig zu erachten.
3.) Der Beschluss, sie als unzulässig zu verwerfen.

Zuzustellen braucht das Berufungsgericht nur den letzten Beschluss, die Verwerfung der Berufung, die ersten zwei nicht, weil sie nur innere Vorgänge des Gerichts darstellen und diese Entscheidungen durch die Anberaumung des Termins ersichtlich sind. An die ersten zwei Beschlüsse ist das Gericht auch in keiner Weise gebunden, da nur die Entscheidung, die Berufung als unzulässig zu verwerfen, nach 519b der sofortigen Beschwerde unterliegt. An Beschlüsse, gegen die die sofortige Beschwerde nicht zulässig ist, ist das Gericht nicht gebunden.[54]

Die Entscheidung, die Berufung als unzulässig zu verwerfen, unterliegt der sofortigen Beschwerde, sofern gegen ein Urteil gleichen Inhalts die Revision zulässig wäre. Wenn also das Landgericht in der Berufungsinstanz einen Verwerfungsbeschluss erlässt, ist die Beschwerde nicht zulässig, da gegen ein gleiches Urteil die Revision nicht gegeben wäre. Daraus folgt, dass gegen Verwerfungsbeschlüsse der OLG. stets auch ohne Vorhandensein einer

[52] Breit, J. W. 24, S. 375.
[53] Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. a. a. O.
[54] " " " " II. Bd., Anm. zu § 329.

Revisionssumme die Beschwerde zulässig ist.[55]) Das gleiche gilt, wenn die Berufung durch Urteil als unzulässig verworfen wird, da ja nach 547, Nr. 1 die Revision gegen die Urteile der OLG. ohne weiteres gegeben ist, während es gegen die LG. Berufungsurteile keine Revision gibt.

Wenn nun die Berufung für zulässig erachtet wird, so ist nach 520 der Termin zur mündlichen Verhandlung von Amts wegen anzuberaumen und den Parteien bekannt zu geben. Der Vorsitzende hat, da nach 523a das Verfahren vor dem Einzelrichter auch in der Berufungsinstanz anwendbar ist, zu prüfen, ob eine Vorbereitung durch den Einzelrichter nötig ist.

IV. § 14.
Anschlussberufung.

Zusammenhangshalber sei hier noch die Neuregelung der Anschlussberufung erwähnt. Für sie gilt nun auch der Begründungszwang. § 522a bestimmt im einzelnen, dass die Anschliessung durch Einreichung der Berufungsanschlusschrift bei dem Berufungsgerichte erfolgt. Die Anschliessung muss vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist und sofern sie nach deren Ablauf eingelegt wird, in der Anschlusschrift begründet werden.

Die Nov. 24 hat also für das Berufungsanschliessungsverfahren zwei wesentliche Aenderungen gebracht:

1.) Die Einreichung einer Berufungsschrift. Bisher konnte die Anschlussberufung durch Verlesung der Anträge in der mündlichen Verhandlung erhoben werden. Die Berufungsschrift muss nach 518, Abs. 2 und 4 die Bezeichnung des Urteils und die Erklärung, dass sich die Partei der vom Gegner eingelegten Berufung anschliesse, enthalten.

2.) Die Pflicht zur Vorbereitung, den sog. Begründungszwang. Die Anschlussberufung muss begründet werden vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist. Es tritt nun oft der Fall ein, dass die Anschlussberufung erst in der ersten mündlichen Verhandlung erfolgt. In diesem Falle schreibt das Gesetz vor, dass die Begründung in der Berufungsanschlusschrift erfolgen

[55]) RGE. 108, 383

muss. Man muss also in der mündlichen Verhandlung schreiben: „Ich schliesse mich der Berufung an und begründe dies damit, dass . . . .“ Wird das nicht gemacht, so kann der Richter, wenn er es auch in der Regel nicht tun wird, sagen: „Die Anschlussberufung ist unzulässig“. Die Folge davon ist, dass möglichst spät die Anschlussberufung eingelegt wird, um Gründe dafür zu entdecken.[56])

Die Regelung der Anschlussberufung zeigt deutlich, wie hastig die Nov. geschaffen wurde. Im ersten Entwurf wurde die Möglichkeit der Anschlussberufung übersehen. Erst nachträglich wurde sie geschaffen.

Dies wären die wichtigsten Neuerungen, die die Nov. im Berufungsverfahren in Bezug auf Partei- u. Gerichtsherrschaft gebracht hat. Die Regelung des Berufungsverfahrens ist durch seine Umständlichkeit wenig geeignet, der Beschleunigung des Prozessverfahrens zu dienen. Bei der künftigen Zivilprozessreform wäre es zweckmässig, die Forderungen des Frankfurter Anwaltsvereins zu berücksichtigen.

1. Auf Vereinfachung der zu beobachtenden Fristen in zweiter Instanz ist hinzustreben. In Frage kommen würde insbesondere die Zusammenlegung der Berufungsbegründungsfrist mit der Frist zur Einzahlung der Prozessgebühr derart, dass letztere Frist als besondere Frist in Wegfall käme.
2. Eine Aenderung des § 519, Abs. 6 dahin ist anzustreben, dass es genügt, wenn innerhalb der Frist gezahlt ist, sofern der Nachweis der Zahlung spätestens im Termin erbracht ist.
3. Von der Zurückweisungsbefugnis des § 529, Abs. 2 ist nur in ganz besonderen Fällen Gebrauch zu machen.
4. Wenn irgend möglich, ist im Termin auf Verlangen der Parteien stets zu verhandeln, auch wenn die Verhandlungsanzeige aus irgendwelchen Gründen nicht oder nicht rechtzeitig eingegangen sein sollte.

[56]) Vgl. Jonas-Stein, Komm. z. ZPO., Anm. z. § 522a, Sydow-Busch, Komm. z. ZPO., Heilberg, J. W. 24, S. 450.

VI. Abschnitt.

Praktisch technische Massnahmen.

I. § 15.

Protokollunterzeichnung durch den Richter.

Der Beschleunigungstendenz dienen eine Reihe von juristisch technischen Massnahmen, die im Gegensatz zu den meisten übrigen Bestimmungen der Nov. sich gut bewährt haben. Denn gerade der Einfluss auf rein äussere Formalitäten gab oft Anlass zur Verzögerung des Prozesses.

Der § 163 bestimmt, dass von der Zuziehung eines Protokollführers nach Bestimmung des Vorsitzenden abgesehen werden kann. Früher war es so, dass die Unterzeichnung durch den Richter ohne die des Gerichtsschreibers und dass ohne ihn ein gültiges Sitzungsprotokoll nicht zustande kommen konnte, sodass die mündliche Verhandlung wiederholt werden musste. Dieses Recht steht auch dem Einzelrichter zu, da das Verfahren vor dem Einzelrichter dem Verfahren vor dem Prozessgericht gleichsteht. § 163 trägt zur Vereinfachung des Prozesses bei. Es wird durch seine Anwendung viel unnötige Zeit erspart.

II. § 16.

Vorteilhaft gestalten sich die Befugnisse des Gerichtes im Beweisverfahren. § 360 sieht vor, dass das Gericht Berichtigungen und Ergänzungen von Beweisbeschlüssen oder wenn es sich um die Vernehmung anderer als der im Beschluss angegebenen Zeugen oder Sachverständigen handelt, auch ohne mündliche Verhandlung vornehmen kann. Dies war bisher nur auf Grund neuer mündlicher Verhandlungen möglich. Wenn es sich dagegen nicht um Berichtigungen oder Ergänzungen oder nicht um Vernehmung anderer Zeugen handelt, ist zur Aenderung eine neue mündliche Verhandlung nötig, wenn der Gegner nicht zustimmt. Bei allen Aenderungen nach 360 sind die Parteien tunlichst vorher zu hören und in jedem Falle von der Aenderung unverzüglich zu benachrichtigen. Die Anhörung der Parteien ist jedoch nicht erforderlich, wenn sie wegen Eile nicht gut möglich ist. Dabei braucht die Partei, die die

Aenderung beantragt, überhaupt nicht gehört zu werden. In welcher Form die Benachrichtigung erfolgt, ist gleichgültig.[57])

III. § 17.

Vereinfachung bei der Zeugenvernehmung.

Damit das Gericht nicht unnötige Zeit verliert, dadurch, dass es Zeugen und Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vernimmt, gibt § 377, Abs. 2 die Möglichkeit, dass Zeugen, die eine Auskunft nicht auf Grund eigener Anschauung und Erinnerung geben können, sondern nur an Hand von Büchern und Aufzeichnungen, ihre Aussagen schriftlich unter eidesstattlicher Versicherung abgeben können. Früher mussten sie auf alle Fälle mündlich vernommen werden. Das gleiche kann auch in anderen Fällen geschehen, sofern das Gericht nach Lage der Sache insbesondere mit Rücksicht auf den Inhalt der Beweisfrage eine schriftliche Erklärung des Zeugen für ausreichend erachtet und die Parteien damit einverstanden sind.

IV. § 18.

Vereinfachung bei der Ermittlung des Schadens.

Eine Stärkung der Gerichtsherrschaft bedeutet § 287, Abs. 2. Das Gericht wird dadurch bei der Bildung seiner Ueberzeugung von lästigen formalen Schranken befreit. Während bisher das Gericht nur die Feststellung und Höhe des Schadens nach freiem Ermessen beurteilen konnte, wird dieses Recht nach 287, Abs. 2 soweit ausgedehnt, dass der Richter auch volle Ermessensfreiheit hat, wenn unter den Parteien die Höhe einer sonstigen Forderung streitig ist und die vollständige Aufklärung aller hierfür massgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist, die zur Bedeutung des streitigen Teils der Forderung in keinem Verhältnis stehen. Die Vorschrift des § 287, Satz 3 und 4 findet keine Andung auf 287, Abs. 2, sondern nur 287, Abs. 1 und 2, wenn es sich darum handelt, ob und wieweit eine Beweisaufnahme anzuordnen ist. § 287, Abs. 1 und 2 bezieht sich nur auf die Höhe der Forderung, nicht auf das Bestehen der Forderung überhaupt.

[57]) Vgl. Sydow-Busch, Jonas-Stein, Kann, Baumbach: Komm. z. ZPO.

V. § 19.

Eine Beschränkung der Parteiherrschaft bringen die §§ 709 bis 713a. Sie bestimmen, dass die vorläufige Vollstreckbarkeit aller Urteile ohne besonderen Antrag anzuordnen ist, die im Interesse des Schuldners bestehenden §§ 712 und 713 nicht angewandt werden sollen, wenn die Voraussetzungen, unter denen ein Rechtsmittel gegen das Urteil stattfindet, nach dem Ermessen des Gerichts unzweifelhaft nicht vorliegen. Dadurch ist die Ausnahmebestimmung des früheren § 712, Abs. 2, die nur für die Urteile der OLG. im Falle ihrer unzweifelhaften Unanfechtbarkeit galt, allgemein auf alle Urteile ausgedehnt worden. Wenn also bei Urteilen der ersten Instanz bei der Berufung die Berufungssumme, bei Urteilen der OLG. die Revisionssumme nach den §§ 511a und 547 nach dem Ermessen des Gerichts nicht gegeben sind, sollen die zu Gunsten des Schuldners bestehenden §§ 712 und 713 nicht angewandt werden.

Die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile erschien dem Gesetzgeber mit Recht geboten, um 1.) dem Gläubiger den Zeitverlust bis zur Rechtskraft zu ersparen, 2.) um den unterliegenden Teil davor zu bewahren, ein unbegründetes Rechtsmittel einzulegen.

VII. Abschnitt.

Einzelvorschriften.

I. § 20.

Sicherheitsleistung.

Verfasser kommt nun zum letzten Punkt der Bearbeitung, der unter dem Titel „Einzelvorschriften" gegliedert ist. Verfasser hat dies deshalb getan, weil sich diese Bestimmungen nicht unter allgemeine Gesichtspunkte bringen liessen. Diese Vorschriften dienen teils dazu, um bestehende Vorschriften der neuen ZPO. anzupassen, teils sollen sie die Tendenz der Verschiebung des Machtverhältnis zum Zwecke der Prozessbeschleunigung vollenden. Ob diese Bestimmungen, wie der grösste Teil der schon erwähnten, den Zweck in ihrer jetzigen Fassung erfüllen, ist zweifelhaft.

Sehr gut hat sich die Neufassung des § 80 bewährt. Nach der früheren Fassung musste auf Verlangen der Partei der Bevoll-

mächtigte seine Vollmacht gerichtlich oder notariell beglaubigen lassen. Diese konnte die Partei ohne jede Begründung fordern. Dadurch konnte eine Partei dieses Recht sehr missbrauchen und trug daher oft zur Verschleppung der Prozesse bei. In der Neufassung des § 80, Abs. 2 wird diesem Uebelstande dadurch abgeholfen, dass dieses Recht der Partei genommen wird. Es steht nun im Ermessen des Gerichts, die öffentlich beglaubigte Vollmacht anzuordnen.

Ebenso dem Ermessen des Gerichtes ist es jetzt nach § 108 überlassen, Art und Höhe der zu leistenden Sicherheit zu bestimmen. Nur wenn der Richter nicht ausdrücklich anordnet, bleibt es bei der bisherigen Sicherheitsleistung in Form der Hinterlegung von Gold- und Wertpapieren. Die bisherige Bestimmung war veraltet und trug den veränderten Verhältnissen wenig Rechnung. Man denke nur an die Inflation, wo die Sicherheitsleistung in Geldpapier oder verzinslichen unwertbeständigen Wertpapieren durch die stetige Fortschreitung der Geldentwertung überhaupt den Charakter der Sicherheitsleistungen für den Gläubiger verlor. Auch lief der Schuldner Gefahr, seine hinterlegten Werte zu verlieren.

II. § 21.

Vergleich in Armenrechtssachen.

§ 118 sieht vor, dass schon in dem Verfahren über die Bewilligung des Armenrechts in vermögensrechtlichen Streitigkeiten vor dem Landgericht ein in Gegenwart des Antragstellers und Gegners erzielter Vergleich zu Protokoll des Vorsitzenden oder zuständigen Kammer oder eines von ihm beauftragten Kammermitglieds erklärt werden kann.

III. § 22.

Klageänderungen.

Eine wesentliche Aenderung stellt § 264 dar, der jetzt eine Klageänderung nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit für zulässig hält, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich hält. § 264 wurde schon einmal durch die Nov. vom 17. 5. 98. geändert und hatte die unglückliche Fassung der Klageänderung 1.) wenn der Beklagte einwilligt und 2.) wenn nach dem Ermessen

des Gerichtes durch die Klageänderung die Verteidigung des Beklagten nicht erschwert wurde. Letzter Fall war durch seine unbestimmte und allgemeine Fassung viel der Anlass zu Streit bei der Frage, wann und ob die Verteidigung erschwert würde? Dieser Streit ist durch die weitgehendere Befugnis des Gerichts, Klageänderungen zuzulassen, beseitigt. Das Recht des Gerichtes geht jetzt soweit, dass es selbst dann eine Klageänderung zulassen kann, wenn die Verteidigung des Beklagten wesentlich erschwert wird, z. B. wenn das Gericht glaubt dass ein neuer Prozess grössere Verzögerung herbeiführen würde. Ebenso steht dem Gericht die Befugnis zu, einen neuen Beklagten in den Prozess einzuführen, wenn es sachdienlich ist, z. B. wenn sich herausstellt, dass die Klageschrift dem eigentlichen Beklagten gar nicht zugestellt wurde.[58]

Die Nov. 24 stellt also für die Zulassung der Klagänderung den Begriff „Sachdienlichkeit" auf. Das Ermessen des Gerichts ist dadurch in keiner Weise begrenzt. Der Sinn des Gesetzes geht darauf hinaus, die Klagänderung im weitgehendsten Masse zuzulassen. Diese Bestimmung steht aber im schärfsten Widerspruch mit der Zurückweisungsbefugnis des 279, nachdem jedes Angriffsmittel, also auch das durch die Klagänderung geltend gemachte, im Interesse der Prozessbeschleunigung zurückgewiesen werden kann. Wenn also diese Voraussetzungen gegeben sind, so kann das Gericht die Klagänderung selbst dann zurückweisen, wenn der Beklagte dieser gar nicht widersprochen hat oder ihr sogar zugestimmt hat. Der Gesetzgeber setzt sich durch diese Bestimmung in Widerspruch mit seinen eigenen Tendenzen.[59]

IV. § 23.
Prozesshindernde Einreden.

§ 275, Abs. 1 nimmt der Partei ein viel missbrauchtes Recht, nach Erhebung einer prozesshindernden Einrede die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern. Dieses Recht trug oft dazu bei, den Prozess zu verzögern. Dieses Verweigerungsrecht des Beklagten ist jetzt durch die Neufassung des § 275 beseitigt. Auserdem steht

[58] Vgl. Sydow-Busch Komm. z. Z. P. O.
[59] Vgl. Heilberg, v. Hodenberg a. a. O.

es jetzt im Ermessen des Gerichtes, ob auf Antrag oder von Amts wegen die abgesonderte Verhandlung über die prozesshindernde Einrede anzuordnen ist.

V. § 24.

Fristbestimmung bei der Beweisaufnahme.

Eine weitere Beseitigung der Parteiherrschaft bringt § 356. Er bestimmt, dass, wenn der Aufnahme des Beweises ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegensteht

1.) Das Gericht eine Frist zu bestimmen hat, nach derem fruchtlosen Ablaufe das Beweismittel nur benutzt werden kann, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird. Nach dem früheren Recht konnte ohne Antrag des Beweisführers oder seines Gegners die Fristbestimmung nicht erfolgen.

2.) Die Bestimmung der Frist ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann. Früher konnte dagegen die Entscheidung über diesen Antrag auf Fristbestimmung nur in einer mündlichen Verhandlung erfolgen.

Damit diese Bestimmung nicht die Rechtssicherheit gefährdet, muss der Richter genau prüfen, ob, wann und wielange er eine derartige Frist setzt, damit nicht ein wichtiges Beweismittel verloren geht, das für die rechtliche Beurteilung des Streitfalls von erheblicher Bedeutung ist. Dies ist von ganz besonderer Bedeutung, weil in diesem Falle nach § 567, Abs. 1 eine Beschwerde, selbst wenn ein Antrag gestellt wurde, nicht zulässig ist, da bei Fristbestimmung nicht ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist, denn wenn der Antrag auf Fristbestimmung abgelehnt wird, muss vorher mündlich verhandelt werden, da ja nur bei der Fristbestimmung die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ergehen kann.[60])

VI. § 25.

Zwangsmassnahmen gegen lässige Sachverständige.

Zusammenhangshalber sei hier noch § 411 angeführt. Er bestimmt, dass Sachverständige, die zur Abgabe eines Gutachtens vom Gericht bestimmt wurden und durch ihre Nachlässigkeit das

[60]) Sydow-Busch, Jonas-Stein, Komm. z. ZPO., Anm. z. § 356.

Gutachten nicht abgeben, vom Gericht, wenn es einem Sachverständigen eine Frist zur Erstattung eines Gutachtens gesetzt hat, nach Ablauf der Frist zu einer Ordnungsstrafe in Geld verurteilt werden können. Der Straffestsetzung muss allerdings eine Strafandrohung vorausgehen. Früher hatte das Gericht gegen einen solchen Sachverständigen, selbst wenn er die Erstattung schuldhaft verzögerte, keine Handhabe, es müsste denn der Fall gegeben gewesen sein, dass ein Sachverständiger die Abgabe eines Gutachtens verweigerte. Die Neufassung des § 411 ist daher gut und kann viel zur Beschleunigung des Prozessverfahrens beitragen.

VII. § 26.

Sehr gefährlich für die ganze Rechtssicherheit und Rechtspflege ist die Neufassung des § 626, der den durch die Verordnung gegebenen Zurückweisungsmöglichkeiten angepasst wurde. Die gleichen Gründe, die Verfasser gegen die Anwendung der §§ 279, 529 anführte, gelten auch hier, sodass hier nur die gesetzlichen Bestimmungen, die für die Berufungsinstanz in Ehesachen gelten, anzuführen sind.

§ 626 bestimmt, dass die Vorschriften über die Zurückweisung verspäteten Vorbringens in der Berufungsinstanz insoweit Anwendung finden, als der Berufungskläger

1.) Sein neues Vorbringen entgegen der Vorschrift des § 519 nicht in der Berufungsbegründung mitgeteilt oder
2.) die Partei nach der freien Ueberzeugung des Gerichts in der Absicht, den Prozess zu verschleppen, ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat.

Früher galt das Recht des Gerichtes, auf Antrag verzögerliche in Verschleppungsabsicht oder aus grober Fahrlässigkeit nachträglich vorgebrachten Verteidigungsmittel des Beklagten zurückzuweisen, für Ehesachen in der Berufungsinstanz überhaupt nicht. Jetzt gelten die Vorschriften über die Zurückweisung verspäteten Vorbringens in vollem Umfange, nur mit der einzigen Ausnahme, dass Angriffs- und Verteidigungsmittel, die nachträglich vorgebracht werden, nur dann, selbstverständlich auch ohne Antrag, zurückgewiesen werden können, wenn die Partei nach der freien Ueber-

zeugung des Gerichtes sie in der Absicht, den Prozess zu verschleppen, nicht auch aus grober Fahrlässigkeit, nicht früher vorgebracht hat. Wenn jedoch nach der Berufungsbegründung ein Vorbringen geltend gemacht wurde, so kann die Zurückweisung, auch wenn grobe Fahrlässigkeit gegeben ist, erfolgen. Diese Bestimmung ist ebenso wie die §§ 279, 529 abwegig.

Schlussbetrachtungen.

§ 27.

Zusammenfassung der Einzelergebnisse. Vorschläge für die künftige Zivilprozessreform.

Zusammenfassend wird das Urteil über die Zivilprozessreform durch die Nov. vom 13. 2. 24 lauten:

Der Zweck der Nov., das Prozessverfahren zu beschleunigen und zu vereinfachen, dürfte wohl kaum erreicht worden sein. In den meisten Bestimmungen wird die Zahl der wahrgenommenen Termine gegenüber früher vermehrt, somit die Gesamtdauer der Prozesse nicht abgekürzt werden. Auch eine Vereinfachung des Verfahrens zum Zwecke der Verbilligung wird wohl nicht in Frage kommen. Die Durchführung wichtiger Neuerungen der Nov. wie z. B. das obligatorische Güteverfahren wird eine Vermehrung von Richtern erfordern.

Darin, dass in vielen Bestimmungen das richterliche Ermessen erweitert und ausgedehnt wurde, liegt eine grosse Gefahr der Verschlechterung des Verhältnisses zwischen Richter und Anwalt. Es ist daher zu wünschen, dass der Richterstand von seiner ihm durch die Novelle eingeräumten Machtbefugnis nur vorsichtig und taktvoll Gebrauch macht, um nicht grossen Schaden für die Rechtspflege anzurichten.

Mit Recht sagt Dispecker und Heinsheimer, dass man sich beim Studium der Nov. des Eindrucks nicht verwehren könne, dass sie allzu rasch geboren wurde, was zur Folge hat, dass fast alle Bestimmungen, auch die wenigen begrüssenswerten, ungenau und unvollkommen gefasst sind.[61]

[61] Dispecker, J. W. 25, S. 695, Heinsheimer J. W. 25, S. 695.

Bei der Vorbereitung der Novelle wurde der grosse Fehler gemacht, dass neben Richtertum und Anwaltschaft der Zivilprozesswissenschaft kein grösseres Mass von Einwirkungsmöglichkeit gegeben wurde. Von Zivilprozessrechtslehrern war nur Friedrich Stein in der Komm. vertreten, der selbst sagte, dass er es nicht als Vertreter der Zivilprozesswissenschaft geworden sei, sondern nur, weil er der Mittler zwischen Prozesswissenschaft und Praxis war. Nach seinem Tode kam Mendelsohn-Bartholdy an dessen Stelle. Aber bedauerlicher Weise wurde die Kommission über die Teilreform fast gar nicht gehört. Dadurch hätten viele unklare und unzweckmässige Bestimmungen verhindert werden können. Wenn man unserer alten ZPO. nachsagte, dass sie veraltet sei, so kann man von der Novelle wohl nicht behaupten, dass sie wieder erweckend wirke.[62] Vielmehr hat man den Wunsch, dass bald eine neue Zivilprozessreform kommen möge, die aus einem Guss gegossen ist.

Auf welche Grundsätze soll nun die kommende Zivilprozessreform basieren? Mit dieser Frage beschäftigten sich auch der 31. und 33. Juristentag in Heidelberg. Die Berichterstatter des 33. Juristentages, die Herren Handelsgerichtspräsident Dr. Engel, Wien und Rechtsanwalt Dr. Ernst Wolf bekannten sich mit Recht zu den Grundsätzen der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit und lehnten mit aller Entschiedenheit die Eventualmaxime ab. Diese Grundsätze müssen die Grundlage der Zivilprozessreform bleiben.[63] Die Ausführungen Wachs im Jahre 1914 in seinen „Grundfragen und Reform des Zivilprozesses" müssen von Neuem in den Vordergrund gestellt werden. Wenn er sagt: „am Schriftprinzip hat sich der gemeinrechtliche Prozess verblutet, es ist die Erstarrung und Verkünstelung. Die Mündlichkeit ist das Leben, die Beweglichkeit, die Anpassungsfähigkeit die Wahrheit", so darf daran nichts geändert

[62] Vgl. Heilberg, J. W. 24, S. 365; v. Hodenberg, J. W. 24, S. 369; Breit J. W. 24, S. 383; Meyer J. W. 24, S. 704; Friedrich Stein in Grundriss des Ziv.-Proz.-R.; vgl. die Verhandlungen der Jahresversammlungen dtsch. Ziv.-Proz.-Lehrer in Jena; Kraemer: Richter, Anwälte u. Z.-P.-Reform in Z. f. dtsch. Z.-P.

[63] Vgl. Wolf, Berlin, J. W. 24, S. 1819: „Der Heidelberger Juristentag über die Reform des Zivilprozesses"; Heilberg, J. W. 24, S. 1821.

werden. Man darf allerdings auch nicht soweit gehen, dem Mündlichkeitsfanatismus zu huldigen. Vielmehr darf bei dem Mündlichkeitsprinzip der Zweckmässigkeitsgedanke nicht fehlen. Dieser Forderung verschloss sich der 33. Juristentag in keiner Form und Verfasser ist überzeugt, dass die Beschlüsse des 33. Juristentages in Heidelberg für die künftige Zivilprozessreform grundlegend sein müssen. Im Einzelnen wurden auf dieser Tagung folgende Beschlüsse gefasst:

1.) Das Verfahren ist mit allen Bürgschaften zu umgeben, die eine erschöpfende Erörterung und grundlegende Beurteilung sichern. Diese Bürgschaften sind eine nicht zu übertreibende aber in allem Wesentlichen festzuhaltende Mündlichkeit und eine möglichst uneingeschränkte Unmittelbarkeit. Wenn die Parteien übereinstimmend auf eine mündliche Verhandlung verzichten, so kann das Gericht auch ohne mündliche Verhandlung entscheiden. Letzterer Satz wurde von den Berichterstattern bekämpft, weil sie sich auf den Standpunkt stellten, das Urteil nach Aktenlage abzulehnen, weil es gegen das Mündlichkeitsprinzip verstosse. Diese Auffassung erscheint doch übertrieben. Der Verf. hält die Entsch. n. L. d. A. in dem vom Juristentage vorgeschlagenen Falle für unbedenklich. Es wäre eine Ueberspannung des Mündlichkeitsprinzips, diesen Fall für unzulässig zu erklären. Für die Rechtspflege ist die Entsch. n. L. d. A. nicht gefährlich, da sie ja die Uebereinstimmung beider Parteien und den Willen des Gerichtes voraussetzt.

2.) Die mündliche Verhandlung ist von allem Beiwerk zu entlasten und soweit vorzubereiten, dass der Rechtsstreit möglichst in einer Verhandlung entschieden wird. Hierzu gehören:

a) Abhaltung eines Vortermins vor dem Einzelrichter zur Erledigung aller nichtstreitigen Sachen und prozessualer Vorfragen. Der Juristentag glaubte also die Zuständigkeit des Einzelrichters enger zu gestalten. Wie Verfasser bereits beim Einzelrichterverfahren ausgeführt hat, hält er die Regelung, wie sie die Nov. gebracht hat, durchaus fruchtbringend. Es wäre lediglich besser, die §§ 348 ff. weiter auszubauen und zu präzisieren. Von einer Abschwächung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes kann man nicht reden, da ja der Einzelrichter das erkennende

Gericht ist, nur mit dem einzigen Unterschiede, dass es einmal mit 1 dann mit 3 Richtern besetzt ist.

b) Schriftsatzwechsel der Parteien in gesetzlich oder richterlich festgesetzten Fristen.

c) Herbeischaffung der voraussichtlich notwendig werdenden Beweismittel.

d) Benutzung mechanischer Hilfsmittel.

e) Verbot von Vertagungen ausser in gesetzlich genau festzusetzenden Fällen.

3.) Das persönliche Erscheinen der Parteien ist nicht durch Strafen zu erzwingen. Dagegen sind für den Fall der Nichtbefolgung des richterlichen Auftrags Rechtsnachteile und Kostenfolge in Aussicht zu nehmen. Solche Rechtsnachteile können sein z. B. die Möglichkeit der Verwendung des Ausbleibens der Parteien zur Bildung einer richterlichen Ueberzeugung, Vornahme der Verhandlung und Zurückweisung des Versuchs der nichterschienenen Partei, das Versäumte nachzuholen.

4.) Der Grundsatz, dass die Parteien bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung neue tatsächliche Behauptungen und Beweismittel vorbringen können, ist beizubehalten. Eine Eventualmaxime hat nur einzutreten:

a) im Falle eines in Verschleppungsabsicht erfolgten verspäteten Vorbringens, das von Gericht auch von Amtswegen als unstatthaft erklärt und zurückgewiesen werden kann.

b) In gewissen Verfahrensarten (in Mietsstreitigkeiten, in Wechsel-, Mandats- und Exekutionsverfahren).

Im zweiten Rechtszuge können auch grobfahrlässig verzögerte und den Prozess verzögernde Behauptungen und Beweismittel zurückgewiesen werden. Letzteres hält Verfasser nicht für empfehlenswert.[64])

Für die Berufungsinstanz müsste auch der von Breit erwähnte Vorschlag berücksichtigt werden, der besagt, dass Angriffs- und Verteidigungsmittel, sowie Beweismittel und Beweiseinreden nicht deshalb zurückgewiesen werden, weil sie in erster Instanz hätten

[64]) Vgl. Ernst Heinitz, J. W. 24, S. 1806.

geltend gemacht werden können oder, weil sie in erster Instanz zurückgewiesen worden sind.[65]

Es ist auch noch daraufhin zurückzuweisen, dass bei der künftigen Zivilprozessreform nicht wichtige Fragen der Wissenschaft überlassen werden dürfen, wie z. B. die Frage des Begriffs „Entscheidung nach Lage der Akten". Das ist nichts anderes, wie Professor Dr. Stein sagt, als eine Bankrotterklärung der Gesetzgebung. Sie hat zu befehlen und darf sich dieser Aufgabe nicht durch eine Verweisung auf die Wissenschaft entziehen.[66]

Wenn die Zivilprozessreform in der angegebenen Form durchgeführt wird, so wird sowohl eine richtige sachliche Entscheidung garantiert, als auch das Prozessverfahren beschleunigt. Will man jedoch die Beschleunigung der Prozesse noch erhöhen, so ist es nötig, dass die Richterzahl und die Gerichte vermehrt, nicht abgebaut und aufgehoben werden. Solange noch, wie es heute der Fall ist, ein Richter, namentlich bei grösseren Gerichten, 30 bis 40 Termine und noch mehr an einem Tage wahrzunehmen hat, so ist es unmöglich, dass er sich länger und intensiver mit einer Sache befassen kann. Wenn aber Richter genügend vorhanden sind, so kann der einzelne Richter genauer und gewissenhafter prüfen und urteilen. Ganz abgesehen davon, dass durch Aufhebung von kleineren Gerichten und Abbau von Richtern nicht allzu viel gespart werden dürfte. Im Interesse der Prozessbeschleunigung wäre eine Erhöhung der Richterzahl zu begrüssen.

---

[65] Breit, J. W. 24, S. 383.

[66] Vgl. Pagenstecher: „Zur Vorbereitung der grundlegenden Reform des Ziv.-Proz." Im „Recht" 24, S. 179.